LA

CONSTITUCIÓN PERUANA

COMENTADA

POR

L. F. VILLARAN

Catedrático de Derecho Constitucional y Decano de
la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas en la
Universidad de Lima

LIMA

E. MORENO — EDITOR

LIBRERIA ESCOLAR É IMPRENTA

Calle del Banco del Herrador, Nros. 118 y 120

1899

583285

I2000

BIBLIOTECA NACIONAL
LIMA-PERU

D-PER.U. .U. t.1 13 j66

ADVERTENCIA

Hemos creído conveniente comenzar estas lecciones, escritas para nuestros alumnos, con una breve **Introducción Histórica,** relativa á la independencia, al territorio y á los cambios de constituciones.

La vida política actual, es en gran manera, el resultado de los sucesos que presidieron el nacimiento y desarrollo de los estados. La historia es, así, un poderoso auxiliar para el estudio de sus instituciones y para emprender las reformas.

En el examen de la carta de 1860, que nos rige, nos separaremos, algunas veces, del orden en que están colocadas sus disposiciones, para seguir el que determina la teoría constitucional, consultando el enlace natural de las materias.

Serán francas nuestras censuras á la constitución. Creemos deber patriótico, trabajar en toda ocasión, por la enmienda de lo defectuoso, y deseamos despertar en el espíritu de los jóvenes, llamados á dirigir mañana la vida pública, el convencimiento de la urgencia de la reforma de nuestra vieja carta.

Introducción Histórica

La Independencia — El Territorio — Las Constituciones

I

Las ideas sobre los derechos del hombre y del gobierno libre de los pueblos, que tanto ensanche alcanzaron en el siglo XVIII, penetraron en el continente americano, sin que las cortes europeas que lo dominaban pudieran impedirlo. Las colonias inglesas en la América del Norte, cultas y ricas por el trabajo, sacudieron el yugo de la metrópoli, y obtuvieron el reconocimiento de su independencia de las naciones de Europa, inclusive de España. El ejemplo fué provechoso para el resto de América.

La dominación de España era esencialmente restrictiva y dura. El indígena, que gemía en el vasallaje, anhelaba su redención; el esclavo preveía la libertad en la independencia americana, y para todos los intereses y aspiraciones, era ya insoportable el estrecho campo que dejaba á la actividad individual y social, una administración inconsiderada y mezquina. La reacción absolutista de Fernando VII, desvaneció la esperanza del ligero alivio ofrecido con la constitución española del año XII.

La triste condición á que estuvo reducida España, cuando Napoleón le arrebató la corona de su sobera-

nía y la lucha tenaz en que se empeñó en seguida para recuperar su independencia, ofrecieron á la América una magnífica oportunidad y una saludable enseñanza. Las colonias, con la conciencia de su derecho, adquirieron la de su fuerza, y en 1810 la semilla de la insurrección dió robustos brotes en todo el suelo americano.

Desde 1805 comenzaron los intentos de la independencia del Perú. Los hubo en el Cuzco, en Tacna y en Huánuco, y fueron dominados por el virrey, que generalmente ahorcaba á los cabecillas de los rebeldes. En el año 14 estalló una formidable revolución en el Cuzco, encabezada por el casique Pumacahua, quien formó una junta de gobierno. Se extendió á Puno, La Paz, Arequipa, Huánuco y Huancavelica: contaba con veinte mil hombres, pero desarmados, y fué apagada con torrentes de sangre y ahorcado su caudillo.

*
* *

El General San Martín, después de dar la independencia á Chile con las victorias de Chacabuco y Maipú, vino al Perú para libertarlo, igualmente, de la dominación de España. Inmensas dificultades venció su voluntad incontrastable para organizar la expedición, con la cual desembarcó en las playas de Paracas, hoy Independencia, el 7 de setiembre de 1820.

Hábil y certera fué la campaña que emprendió contra el poder del virrey, con la cooperación de los patriotas del Perú, cuyo espíritu se retempló con la presencia del valeroso y experto capitan.

Resuelto á no exponer sus fuerzas á desastres irreparables, con fría calma meditaba sus determinaciones, escojía á sus tenientes, y dominaba las impaciencias de los suyos. Así fué como las expediciones de Arenales y Miller al centro y al sur, alcanzaron importantes victorias sobre las divisiones españolas. Certeras disposiciones incitaron á Canterac, á emprender una

expedición desde Jauja hasta el Callao, para contramarchar en seguida, lo cual ocasionó al ejército realista mayor descalabro que una sangrienta derrota. De su lado Cochrane realizaba en el mar insignes hazañas y se apoderaba al abordaje de las naves españolas.

San Martín alcanzó en breve tiempo el doble resultado que se propuso: la fé y el entusiasmo de los patriotas, de manera que las ciudades y las provincias se pronunciaron en gran número en favor de la independencia, y el desaliento y la desesperación en los enemigos, que ocasionaban diarias deserciones, y llevaron á sus jefes á deponer al virrey Pezuela, obligándolo á renunciar en favor de Laserna. Este se encontró en Lima en la condición de casi un sitiado: abandonó la capital á San Martín y el general La Mar capituló con honor, y entregó á los patriotas la plaza y las fortalezas del Callao.

Posesionado San Martín de Lima, consultó la voluntad de la ciudad, representada por los notables, respecto de la independencia, y el 28 de julio de 1821, en la plaza de Lima, rodeado de un pueblo palpitante de entusiasmo y resuelto á romper su cadena, dijo:

El Perú, desde este momento, es libre é independiente, por la voluntad general de los pueblos, y por la justicia de su causa que Dios defiende.

La causa de la independencia había recibido un impulso poderoso é irresistible: un momento más de unión y de lucha, y el poder de España habria sido completamente destruido. Pero San Martín no podía permanecer en el Perú.

Bolívar, en gigantezca lucha, acababa de dar independencia, á Venezuela, Nueva Granada y Quito en Boyacá, Carabobo y Pichincha, y el vasto suelo de estas tres naciones, con que se constituyó Colombia, era estrecho para su ambición. Se anexaba Guayaquil provincia peruana, presentaba sus demandas al Perú, aún en lucha, sobre Maynas, Quijos y Jaen, y no aceptaba el ofrecimiento de San Martín, de combatir á sus órdenes, contra la dominación ya espirante de España.

De otro lado, los diez años corridos ya en la lucha, daban la penosa enseñanza, de que en cada palmo de tierra que se arrancaba á la metrópoli, brotaba la anarquía, y San Martín como Bolívar, y todos los grandes hombres que los acompañaban en la obra de la redención americana, incurrieron en el error de creer, que era posible aplazar la implantación de las formas democráticas, en las nuevas comarcas enteramente extrañas á ellas. San Martin se esforzaba en que el Perú se constiyese, por su propio querer en monarquía constitucional y buscaba un príncipe en las cortes europeas: Bolívar se hacía elegir presidente vitalicio con derecho para nombrar sucesor, en las naciones independizadas.

En desacuerdo con las aspiraciones democráticas de los peruanos, y conocedor de los intentos de Bolívar, cuyo espíritu sondeó en su entrevista en Guayaquil, no quiso, ni podía comprometer el éxito de la causa de la libertad de un mundo, entrando en lucha de opiniones y ambiciones personales y abandonó el territorio del Perú.

*
* *

Grandes contratiempos sobrevinieron en seguida: los propósitos de obstrucción y absorción de Colombia, se manifestaron muy claramente, en la actitud de la plenipotencia y de las divisiones colombianas venidas al Perú. La anarquía se desencadenó espantosamente, y como efecto necesario de estas causas, se perdieron por completo las ventajas militares alcanzadas sobre las fuerzas españolas. Llegó asi el Perú al punto á que se le había conducido. Solo Bolívar podía reedificar desde su base la obra de la independencia, y pueblo, gobierno y congreso clamaron por él. Despues de reiteradas instancias y del envío de comisiones de diputados del congreso, emprendió Bolívar su viaje al Perú, ocupado ya por su vanguardia, comandada por su más bravo y adicto teniente, el general Sucre.

Bolívar creía firmemente en la libertad de América,

y que para alcanzarla totalmente, era preciso abrir cause á los sucesos, para que se eslabonaran sólidamente, y esta fé inquebrantable, daba á su voluntad el temple del acero, luz á su cabeza, é hizo de él el genio de la libertad americana.

Ya en el territorio, é investido bien pronto del poder absoluto político y militar, sin reservas ni restricciones, creó y combinó los elementos de la guerra y de la victoria. El prestigio de su nombre, la inflexibilidad de sus mandatos, la austeridad de la disciplina, la economía en los gastos, y la diestra ocultación de sus ambiciones personales lo pusieron, en tiempo relativamente corto, en actitud de emprender campaña activa contra Canterac que ocupaba las sierras de Jauja.

Trasmontó la cordillera, descendía al llano, y su caballería, muy á vanguardia del ejército, marchaba por estrechos desfiladores en pós del enemigo, cuando de improviso y sin tiempo para formar en batalla, recibió pujante embestida de los escuadrones realistas. Destruidos estaban los patriotas y huían dispersos, cuando los *Húzares del Perú*, de propia cuenta de su comandante Suárez, se lanzan contra el enemigo casi desordenado con la victoria. El General Miller, vuela de un extremo á otro del campo, contiene la dispersión, infunde nuevo brío á los escuadrones venezolanos y argentinos que vuelven bridas, y con su auxilio, los Húzares dan al Perú las glorias de Junín.

La lucha no terminó en Junín. Los realistas marcharon al Cuzco, y allí se repusieron de su quebranto y aumentaron sus huestes. Sucre, al mando del ejército patriota marchó á su encuentro. Penosas marchas emprendieron ambos ejércitos y la escasez de recursos los obligaba al decisivo combate. Hábiles disposiciones de uno y otro lado, hacían variar su condición respectiva, hasta que el 9 de diciembre se aprestaron á la lucha en la falda del Cundurcunca.

Estaba ya empeñada la batalla con el ala izquierda del numeroso ejército enemigo, cuando Sucre señaló á Córdova el centro del ejército realista. *Adelante, paso de*

vencedores y armas á discreción mandó Córdova á sus soldados, y en vigoroso y sostenido ataque á la bayoneta, protegido por la caballería de Miller, se alcanzó la victoria de Ayacucho.

Una generosa capitulación concedió Sucre al virrey prisionero y herido y á sus oficiales y soldados. Esta acción, hábilmente preparada y valientemente dirigida, por el más noble de los generales de Bolivar, puso fin á la dominación de España en América.

*
* *

Entró el Perú á la vida independiente en condiciones desfavorables. Era una de ellas, la heterogeneidad de su población, formada por las tres razas originarias, y por las numerosas mezclas que de ellas resultaban. Uníanse á las diferencias de cultura, de índole y de tendencias inherentes á ellas, los odios provenientes del duro vasallaje, en que la dominación mantuvo á los indígenas, de la esclavitud, y del trato desigual dado á los criollos, respecto de los peninsulares. Estas rivalidades de raza y de organización social, se mantenían vivas, por la falta de educación é instrucción del pueblo, por la deficiencia deliberada en la instrucción superior, y por el régimen estrecho y esencialmente restrictivo de la administración en todo orden de intereses.

A la heterogeneidad de la población, agregábase un inmenso territorio cortado por altísimas montañas, caudalosos ríos, bosques impenetrables y despobladas selvas. La acción de la autoridad pública tenía que ser tardía, débil ó nula: y difícil ó imposible la comunicación y el comercio social, fuentes del adelanto de los pueblos.

Por último, la anarquía engendrada y mantenida por el militarismo, dominante en la lucha de emancipación y después de ella, debía dificultar todo desarrollo y gastar la sávia de la vida nacional.

No es pues extraño que el Perú, como las demás re-

públicas sud-americanas, haya llegado tardíamente á consolidar su organización, y obtener los frutos de la independencia.

***

Por la ley de 25 de febrero de 1825, el Perú ha adoptado los colores encarnado y blanco para su pabellón, que se compone de tres fajas verticales, las dos extremas encarnadas y la intermedia blanca, en cuyo centro se coloca el escudo de las armas con su timbre, abrazado aquel, por la parte inferior, de una palma á la derecha y una rama de laurel á la izquierda, entrelazadas.

Las armas del Perú constan de un escudo dividido en tres campos: uno azul celeste á la derecha, que lleva una vicuña mirando al interior; otro blanco á la izquierda, donde se coloca el árbol de la quina, y otro rojo, inferior y más pequeño, en donde se ve una cornucopia derramando monedas, significándose con estos símbolos, las preciosidades del Perú en los tres reinos naturales. El escudo tiene por timbre una corona cívica vista de plano, y vá acompañada, en cada lado, de una bandera y un estandarte de los colores nacionales.

Francisco Esteves Chacaltana

II

En los primeros tiempos de la erección del virreynato del Perú, este comprendía todo el territorio de la América del sur, dominado por España. La autoridad del virrey se extendía é las siete secciones territoriales, demarcadas en las cédulas de erección de las audiencias de Panamá ó Tierra Firme, Santa Fé, Quito, Lima, Charcas, Buenos Aires y Chile. La parte española de la América del norte y del centro y las Antillas, correspondían al virreynato de Méjico ó Nueva España.

Esta inmensa extensión territorial del virreynato del Perú, experimentó las siguientes modificaciones, por disposiciones de la metrópoli:

1ª Con la erección definitiva del virreynato de Santa Fé en 1739, se segregaron del Perú, los territorios de las audiencias de Santa Fé, Panamá y Quito;

2ª Con la erección del virreynato de Buenos Aires en 1776, se segregaron del Perú, los territorios de Buenos Aires y Charcas;

3ª En 1778, se declaró que la capitanía general de Chile era independiente del Perú;

4ª En 1796. se agregó al Perú y á la audiencia del Cuzco, que había sido creada poco antes, la intendencia de Puno, comprendiendo en esta los partidos de Azángaro, Carabaya, Chucuito, Lampa y Huancané, separándolos de Charcas, virreynato de Buenos Aires;

5ª En 1802, se segregaron de la audiencia de Quito, virreynato de Santa Fé, y se agregaron al Perú los gobiernos de Maynas y Quijos, excepto el pueblo

de Papallacta, hasta las fronteras portuguesas al oriente, y al norte y sur del Amazonas, hasta donde dejan de ser navegables los afluentes de este, como también los pueblos de Lamas y Moyobamba;

6ª En 1804, se dispuso que las provincias de Guayaquil y Chiloé, estuviesen comprendidas en el departamento de artillería de Lima.

Con arreglo é estos títulos españoles, y á la ordenanza de intendentes de 1803, el virreynato del Perú comprendía en 1810, ocho intendencias que eran: Lima, Tarma, Cuzco, Huancavelica, Huamanga, Arequipa, Trujillo y Puno; y seis gobiernos separados: Guayaquil, Chiloé, Mainas, Quijos, Huarochirí y Callao.

Es de necesidad saber cuales eran los territorios del Perú en 1810, con arreglo á las demarcaciones de España vigentes en ese año, porque habiéndose dado entonces el grito de independencia en todas las colonias, las repúblicas fundadas en ellas, han convenido, con sobrada razón, en dar por terminado el dominio de España sobre el suelo americano en el año citado, y por consiguiente, sin valor alguno sus disposiciones posteriores relativas á territorio, y válidas las anteriores. Este acuerdo, consignado en las constituciones, en los pactos y en la doctrina, es el orígen de la regla llamada *utipossidetis* de 1810.

En los territorios que formaban el Perú en 1810, se han operado después de ese año, las siguientes alteraciones:

1º El gobierno de Guayaquil, en 1820, se declaró independiente de todo otro estado, y en 1822 se anexó á Colombia;

2º El de Chiloé permaneció en poder de los españoles hasta 1826, pero las fuerzas de Chile independiente, destruyeron ese poder y Chiloé continuó formando parte de esa república;

3º El gobierno de Jaen, á semejanza de Guayaquil, se declaró independiente en 1821, y en seguida se anexó al Perú.

Estas modificaciones, relativas á estas tres provin-

cias ó gobiernos, se operaron pues, en ejercicio del incontestable derecho de emancipación que correspondía á las secciones americanas, cualesquiera que hubiera sido su categoría en el régimen colonial.

Por el tratado de Ancón, cangeado en Lima en 28 de marzo de 1884, y resultado de la guerra con Chile, "el Perú cede á Chile perpetua é incondicionalmente la provincia litoral de Tarapacá, cuyos límites son: por el norte la quebrada y río de Camarones; por el sur la quebrada y río de Loa; por el oriente la república de Bolivia y por el poniente el mar Pacífico."

***

Las naciones independientes, organizadas en los antiguos dominios de España, han adoptado para la fijación de sus linderos, como ya lo hemos insinuado, el principio impropiamente llamado *utipossidetis* de 1810. Según esta regla, corresponde á cada una el territorio que, conforme á las disposiciones del gobierno español vigentes en ese año, formaba la *sección ó secciones* coloniales con las cuales se ha constituido.

No es pués al hecho de la posesión, á lo que se refiere la regla del *utipossidetis* de 1810, y como en derecho civil y en el internacional, el *utipossidetis* se aplica á la posesión, es sin duda impropio el nombre dado al principio americano. Es por esto que, en las últimas negociaciones diplomáticas sobre la materia, se ha empleado la frase "títulos españoles" en lugar de utipossidetis de 1810.

No hay diversidad de pareceres respecto de la referencia al título y no al hecho de la posesión, pero la hay en cuanto al alcance de la regla. Así, se pretende por algunos, aplicarla solo en favor de las grandes divisiones, ó sea de los virreynatos, capitanías generales, y á lo más de las audiencias, pero no de las subdivisiones ó sean gobiernos ó intendencias, á quienes implícitamente, se niega así el derecho que tuvieron para disponer de su destino.

Este derecho, sin embargo, es tan incontestable como el que asistió á las grandes secciones. A este respecto deciamos en otra oportunidad, "Roto el lazo colonial que unía á las diversas circunscripciones, nada quedaba que las ligara fuera de las afinidades naturales: ninguna voluntad podía sobreponerse á la voluntad de las otras: el derecho de cada una era igual al de las demás; jurídicamente, quedaron como elementos aislados con los cuales debían construirse las naciones libres."

"Este derecho de organización, no dependía del nombre que la sección hubiese tenido bajo el antiguo régimen. Llamárase virreynato como Santa Fé y el Perú, capitanía general como Venezuela y Chile, presidencia (audiencia) como el Ecuador y Charcas, gobierno como Guayaquil y Jaen, tuvo el derecho de disponer de su suerte constituyéndose independientemente como el Perú y Chile, ó confederándose, como Colombia, Ecuador y Venezuela, ó anexándose como Guayaquil á Colombia y Jaen al Perú."

Si tal derecho no hubiera asistido á esas subdivisiones, no existiría en la América española mayor número de estados libres, que el de virreynatos, capitanías y audiencias existentes en 1810; existen sin embargo, repúblicas que entonces fueron simples gobiernos ó intendencias, como Uruguay, Paraguay y las centro americanas.

Según lo expuesto, las reglas que deben servir para determinar los límites de los estados hispano-americanos son:

1º El reconocimiento del derecho que asistió á toda sección colonial, cualesquiera que fuera su grado gerárquico bajo el régimen de la dominación, para disponer de su destino, constituyéndose en estado independiente, ó anexándose ó confederándose con otra ú otras secciones.

2º Los títulos españoles vigentes en 1810 (uti possidetis), á cuyas disposiciones hay que estar, para determinar la extensión territorial que corresponde á

los estados, formados en ejercicio del derecho de independencia que asistió á la sección ó secciones con que se han constituido.

Con el criterio de estas reglas vamos á estudiar brevemente las cuestiones territoriales con nuestros vecinos.

***

Ecuador.—La fijación de nuestros linderos con el Ecuador, es cuestión que se debate desde la época de la independencia. Dos son los principales puntos de la diferencia: 1º el dominio sobre Jaen; 2º el de las extensas regiones que componían en la época colonial, los gobiernos quiteños de Maynas y Quijos.

Jaen, fué gobierno de la audiencia de Quito, pero en 1821 se declaró independiente de España y se anexó al Perú, reconociendo al gobierno de San Martín. Colombia y Ecuador no han cesado, desde entonces, de reclamarlo como suyo, desconociendo la legitimidad de la anexión, é invocando en su favor el *utipossidetis* de 1810. La pretensión ecuatoriana queda destruída, con la determinación que acabamos de hacer de las reglas sobre los límites hispano-americano.

Respecto de los territorios de Quijos y Maynas, el Ecuador niega á la real cédula de 1802, que los agregó al Perú, el carácter de disposición de demarcación territorial, y solo encuentra ella, una providencia administrativa encaminada al mejor arreglo de las misiones religiosas. El texto de esa cédula, estudiado ya en larguísimo debate, destruye por completo la pretensión ecuatoriana. Es de advertir, que Quijos y Maynas entraron, en cumplimiento de aquella real cédula á formar parte del virreynato del Perú, y que no hubo, ni podía haber, pues se trataba de territorios habitados por tribus salvajes, acto propio, como en Jaen, Guayaquil y Paraguay, por el cual dispusieran de su suerte.

Este litigio de límites con el Ecuador, se encuentra sometido al arbitraje *juris* de la soberana de España, por la convención de 1º de agosto de 1887.

En 15 de diciembre de 1894, se firmó en Lima una convención adicional, en la cual se modifica la anterior, estipulándose que el árbitro fallará, "atendiendo no solo á los títulos y argumentos de derecho que se le han presentado y se le presenten, sino también, á las conveniencias de las partes contratantes, conciliándolas de modo, que la línea de frontera esté fundada en el derecho y en la equidad." Esta convención adicional aún no ha sido aprobada por el congreso ecuatoriano.

En la convención de 1º de agosto de 1887, se estipuló, que antes de la expedición del fallo arbitral, ambas partes pondrían el mayor empeño en arreglar, por medio de negociaciones directas, todos ó algunos de los puntos comprendidos en las cuestiones de límites. A mérito de esta estipulación, se llegó á firmar en Quito, en 2 de mayo de 1890, un tratado definitivo de límites, que fué aprobado por el congreso ecuatoriano. Desgraciadamente, no sucedió lo mismo en el nuestro: se resolvió pedir modificaciones en la línea pactada, y esto exacervó los ánimos en el Ecuador, fué retirada por esto la aprobación dada al tratado, y las relaciones amistosas se alteraron de tal modo, que la guerra estuvo á punto de estallar. Reanudadas las negociaciones en 1894, se llegó á la convención adicional de que hemos hablado.

El resúmen de la línea de frontera que tenemos demandada en el arbitraje es:

El rio de Machala;
Las vertientes de Saruma:
El rio Alamor y
La quebrada de Pilares,
El rio Macará desde la desembocadura del Alamor hasta su orígen en la quebrada de Espindula;
El rio Canchis hasta su confluencia con el Chinchipe,
El pueblo de Paute,
El salto de Agoyan,
La cadena oriental de los Andes, llamada Cotopaxi, Zarambuya, Andaquies y Mocoa,

El rio Yapurá desde su orígen hasta la desembocadura del Apaporis.

*
* *

Colombia.—Desde 1832, en que se separó el Ecuador de Colombia, surgieron entre ambos estados disputas sobre fronteras. Colombia cree tener derecho á una parte del territorio, del antiguo gobierno de Mainas, la situada al este del Napo, hasta las fronteras brasileras y que está comprendida en la cédula de 1802.

Es por esto que Colombia, ha formulado protestas, en repetidas ocasiones, con motivo de los tratados ó actos referentes á límites celebrados ó practicados por el Perú, el Ecuador y el Brasil.

En 1894 envió al Perú misión especial, para pedir audiencia en las negociaciones que sobre límites iban á abrirse en Lima entre el Ecuador y el Perú. Se accedió á su pedido, y estas conferencias terminaron con la convención adicional tripartita de 15 de diciembre de 1894, de que ya hemos hecho mención. En ésta, Colombia se adhiere á la convención de arbitrage de 1887 y queda en ese litigio sometida á las mismas condiciones de las otras dos partes. El congreso colombiano ha aprobado ese pacto; pero como aún no lo ha sido por el Ecuador, nada definitivo hay en rigor con Colombia.

*
* *

Brasil.—En 23 de octubre de 1851, se firmó en Lima una convención con el Brasil sobre comercio y navegación fluvial, en la que se convino en la cláusula VII, en lo siguiente:

"Para precaver dudas, respecto de la frontera mencionada en las estipulaciones de la presente convención, aceptan las altas partes contratantes, el principio *utipossidetis*, conforme al cual serán arreglados

los límites entre la república del Perú y el imperio del Brasil: por consiguiente, reconocen respectivamente como frontera la población de Tabatinga, y de ésta para el norte la línea recta que vá encontrar de frente al rio Yapurá en su confluencia con el Apaporis, y de Tabatinga para el sur el rio Yavary desde su confluencia con el Amazonas.

"Una comisión mixta nombrada por ambos gobiernos, reconocerá conforme al principio *utipossidetis*, la frontera y propondrá, sin embargo, los cambios de territorio que creyere oportunos, para fijar los límites que sean más naturales y convenientes á una y otra nación."

En esta trascendental estipulación sobre límites, que de una manera incidental se introdujo en una convención de comercio, hay de notable lo siguiente:

1º El *utipossidetis* que aquí se indica, no es el americano, constituido por las disposiciones del soberano español, respecto de las demarcaciones territoriales de sus colonias en América, porque el Brasil no fué colonia española sino portuguesa. El *utipossidetis* de que se trata en esta convención, es el antiguo principio del derecho civil é internacional, que consiste en el mantenimiento de la posesión al que la tiene;

2º Ese mantenimiento de la posesión en el pacto de que nos ocupamos, condujo al Perú á reconocer como punto de partida la población de Tabatinga, cediendo con ello al Brasil toda la extensión de la orilla setentrional del Amazonas, comprendida entre la indicada población de Tabatinga y la boca más ocidental del Yapurá (Avatiparana), que era el verdadero punto de partida de la línea en esa parte, según el tratado de San Ildefonso celebrado entre España y Portugal en 1771. Esta convención de 1851, motivó la protesta de Colombia que se cree con derecho á esos territorios cedidos al Brasil;

3º En la convención de que nos ocupamos, se fijó como parte final de la línea, el rio Yavarí desde su confluencia en el Amazonas *hasta sus nacientes*, yestas

nacientes, según las demarcaciones hechas por la comisión mixta, nombrada en cumplimiento del tratado y aprobadas por ambos gobiernos, se encuentran á los 7° 1,17" 5 latitud sur. Resulta de aquí, que tambien se dió al Brasil territorio que no le correspondía conforme al tratado de San Ildefonso, porque según éste, la línea que viene del Madera al Yavarí, sigue la dirección este oeste, es decir, es una paralela al Ecuador; —y debe partir del Madera en un punto equidestante del Amazonas y la boca del Mamoré. Ahora bien, según las demostraciones geográficas, este punto se encuentra á los 6' 52" latitud sur, y por consiguiente á la misma latitud debe estar el extremo de la línea en el Yavarí. Al elevarla pués hasta los 7° 1. 17" 5 ó sea hasta sus nacientes, se cedio al Brasil territorio que no le correspondía.

4º En la mencionada convención, se omitió la delimitación á partir del Yavarí por la línea que debe unirlo con el Madera, y por este rio y el Beni hasta donde comienza la frontera boliviana, demarcación que debía hacerse, pués realmente somos limítrofes con el Brasil por esa línea y esos rios. Hechos posteriores vinieron á revelar al Perú, la trascendencia de esa omisión, de la cual nuestra cancillería hizo mérito en nota de 9 de julio de 1878 dirigida al plenipotenciario del Brasil, en la que le recuerda también, las reservas hechas por el Perú, con motivo del tratado de límites ajustado entre el Brasil y Bolivia, en el cual se parten ambos estados territorios peruanos; é invita al Brasil para abrir conferencias entre los tres estados, á fin de que queden determinados de un modo definitivo los límites de los tres países en esas regiones.

Nada se ha hecho sin embargo en este sentido: cuando se comienze la obra, habrá que respetar la demarcación ya hecha y comenzar la línea en las nacientes del Yavarí á los 7° 1 17 15 latitud Sur. El término de ella en el Madera, será objeto de disputa, y el Brasil pretenderá fijarlo más allá de los 7° 1, pretensión que ha hecho valer en el tratado indebidamente

celebrado con Bolivia en el cual se eleva á los 10° 20, que es el punto en el que la línea deja cubiertos establecimientos suyos en la márgen occidental del Madera.

*
* *

Bolivia.—Geógrafos y escritores bolivianos dan á Apolobamba una extensión que jamás tuvo, y llevan sus confines hasta la línea española-portuguesa que une los ríos Madera y Yavarí. Esta pretensión boliviana, y las ventajas que al acogerlas obtuvo el Brasil, nos dan la explicación del tratado celebrado entre ambos estados con daño nuestro, de que ya hemos hablado y del protocolo ajustado entre los mismos en 19 de febrero de 1895. La pretensión boliviana no descansa en ningún fundamento serio; y muy al contrario está destruído por los títulos españoles (utipossidetis), y subsidiariamente con la autoridad de los geógrafos antiguos, imparciales en la materia, como D. Jorge Juan, D. Antonio de Ulloa y D. Cosme Bueno, y con el testimonio irrecusable de D. José de Santa Cruz y Villavicencio, subdelegado del partido de Apolobamba en la época colonial. La extensión que estas autoridades, dan al partido de Apolobamba está muy lejos de la pretensión boliviana como lo demuestra Raymondi. El barón de Humbolt, con vista de una carta del virreynato de Buenos Ayres, señala el río Tequeje ó Tequieri como la línea divisoria entre Apolobamba y el territorio peruano.

Partiendo de estos datos, Raymondi establece el rio Madidi como límite peruano-boliviano, desde su confluencia en el Beni, hasta su naciente. Desde esta naciente, la línea sigue por las cumbres de la cordillera de Carabaya, atraviesa la laguna Titicaca, en donde se interpolan posesiones peruanas y bolivianas, y continúa por el rio Desaguadero hasta la quebrada de Camarones, qne forma nuestro límite meridional con Chile, según el tratado de Ancón que nos privó de los ricos territorios de Tarapacá.

En 30 de abril de 1886, se firmó en La Paz un tratado preliminar de límites entre el Perú y Bolivia, en el cual se convino en nombrar una comisión para estudiar y fijar las fronteras entre ambos estados; se fijaron las reglas á que esa comisión debía sujetarse en su tarea, y se pactó en último término el arbitraje, para la solución de los puntos en que no pudieran llegar á acuerdo los estados contratantes.

Este tratado no ha sido cangeado y en consecuencia no está perfeccionado.

III

El general San Martín, que por la fuerza de las circunstancias ejercía el mando supremo político y militar en los territorios que ocupaba, expidió varios reglamentos de orden fundamental. En febrero de 1821 dictó el de demarcación política, en el cual dividió en cuatro departamentos la parte libre de la dominación española, creó las autoridades políticas y judiciales y detalló sus atribuciones. En octubre del mismo año, expidió otro sobre la nacionalidad y ciudadanía, y el Estatuto Provisorio. En éste, se determinaban las facultades del Protector, las de los ministros y presidentes de los departamentos, se organizaba el poder judicial, se declaraban subsistentes las municipalidades, y se garantizaban los derechos individuales. Este reglamento era lo más liberal posible, dado el amplio poder que el estado del país, hacía necesario en el Protector.

***

El Estatuto Provisorio declaraba que regiría hasta que se alcanzase la independencia en todo el territorio, en cuya oportunidad, se convocaría un congreso general, para establecer la constitución permanente y la forma definitiva de gobierno. Aún antes de esa época, y por los motivos que ya conocemos, San Martín convocó ese congreso en el mes de diciembre, para que se reuniese en mayo del año siguiente. Grandes fueron las dificultades que se presentaron para verificar las elecciones, pero San Martín las superó empe-

ñosamente y el 20 de setiembre del año 22, se instaló el primer congreso constituyente del Perú. Ante él, resignó San Martín, en el mismo día, el poder de que estaba investido "cumpliendo así, dijo, con mis deberes con y los votos de mi corazón."

El congreso constituyente del año 22, nombró una junta gubernativa, y dictó un reglamento provisional, para el ejercicio de las funciones de ésta, y no obstante la anarquía y los contratiempos que sobrevinieron, expidió, en diciembre, la ley que contenía las bases de la constitución.

1823 no origo

El 12 de noviembre del año siguiente se dió la constitución.

En esta carta se establecía que la única función del poder nacional, que se podía ejercitar sin delegarla, era la de la elección de los representantes en congreso, y á esta función se le daba nombre de poder electoral. El poder legislativo era ejercido por una sola cámara llamada congreso, y se creaba un senado conservador, cuyas atribuciones eran realmenten las de un poder de ese nombre.

La constitución del año 23, fué un simple ensayo teórico que hizo el Perú del régimen constitucional, pues ella no estuvo en vigencia ni un solo día. El congreso había investido á Bolívar, desde que pisó el territorio, en setiembre de ese año, del "poder supremo militar y político con la extensión que demanda la salvación del país", no obstante la existencia del presidente que había sido elegido; al propio tiempo que se dictaba la constitución, se declaraban "en suspenso los artículos constitucionales, que fueran incompatibles con aquel poder;" y por último, por ley de febrero de 1824, se encargó á Bolívar de la suprema autoridad política y militar "con toda la extensión que exige la salvación de la República;" se declaró en suspenso el ejercicio de la presidencia y la constitución y las leyes que fuesen incompatibles con aquel encargo, y el congreso se puso en receso.

*
* *

El consejo de gobierno, á quien Bolívar había encargado de la autoridad, sometió á los colegios electorales para su aprobación, un proyecto de constitución formado por Bolívar, idéntico á la que éste había dictado para Bolivia, y les consultó sobre la persona que debía ejercer la presidencia vitalicia establecida en esa carta. Los colegios aprobaron el proyecto y designaron á Bolívar, y en noviembre de 1826, se declaró ese proyecto ley fundamental y á S. E. el Libertador Simón Bolívar presidente vitalicio del Perú.

Dicha carta establecía, con la presidencia vitalicia, la irresponsabilidad del presidente y le daba el derecho de nombrar sucesor. Bolívar dijo respecto de ella: "un presidente vitalicio con derecho para elegir sucesor, es la inspiración mas sublime en el orden republicano."

La constitución vitalicia había sido obra de la coacción, que se prolongó mas allá de la partida de Bolívar, en setiembre, con la presencia de la división colombiana existente en Lima, de manera que, cuando esta división se sublevó y ofreció respetar al gobierno y las leyes peruanas, se pidió en cabildo abierto la abolición de esa carta, la separación de los encargados por Bolívar del gobierno supremo, el restablecimiento de la constitución nacional, y la convocatoria de un congreso para que operase en ésta las reformas convenientes. Este movimiento de la capital fué secundado en todo el país.

Se convocó en efecto á un congreso extraordinario constituyente, para el cual los electores debían dar á los diputados mandato expreso "para sancionar la constitución que crean más análoga á la felicidad de la nación y nombren el gobierno que la misma carta establezca."

*
* *

En junio de 1827, se instaló el congreso, y por ley del mismo mes se declaró nula y de ningun valor ni efecto la constitución vitalicia, y se puso en vigencia

la del año 23 con algunas modificaciones, mientras se sancionaba la nueva carta. En 18 de marzo de 1828 se promulgó la nueva constitución. Dominaba en ella el espíritu de descentralización, con la creación de juntas departamentales, encargadas de promover los intereses departamentales en general y de las provincias en particular.

Esa constitución entró en vigencia y continuó rigiendo, no obstante los trastornos políticos y la guerra con Colombia, que motivaron la concesión al poder ejecutivo, de facultades extraordinarias de orden militar.

*
* *

La constitución del año 28 establecía que se conservaría sin alteración ni reforma por cinco años, y que en julio de 1833, se reuniría una convención nacional autorizada para reformarla en todo ó en parte. Así se verificó en efecto, y la nueva carta fué promulgada en 10 de junio de 1834.

Esta constitución no llegó á regir. Los trastornos políticos que en esa época se desencadenaron, promovidos por los generales del ejército que se disputaban el poder, impidieron todo régimen regular. Contra el gobierno de Orbegoso, elegido presidente provisorio por la convención, se levantó el general La Fuente, pero este fué vencido por Salaverry que se apoderó del poder y erigió la dictadura.

*
* *

El presidente provisorio Orbegoso y el general Gamarra, aspiraban ambos á la elección de presidente, y pidieron cada uno de su lado, la protección de Santa Cruz, presidente de Bolivia, invitándolo para venir al Perú con fuerza boliviana para destruir la dictadura de Salaverry. Gamarra obtuvo primero esa protección, pero Orbegoso consiguió que Santa Cruz rompiera

sus compromisos con aquél, mediante la celebración de un tratado de "Auxilios" ratificado en Arequipa en junio del año 35.

Santa Cruz trajo al Perú fuerzas bolivianas, y se declaró protector del territorio ocupado por ellas; venció primero á Gamarra que se había sometido á la dictadura de Salaverry, y á este mismo después, en la batalla de Socabaya en febrero del año 36. Salaverry y otros jefes peruanos fueron fusilados.

Se continuó, en consecuencia, la obra de la confederación proyectada por Santa Cruz. Una asamblea reunida en Sicuani en marzo del año 36, declaró que los departamentos de Arequipa, Cuzco, Ayacucho y Puno formaban un estado independiente; que se comprometían á formar una confederación con el estado que se formaría en el norte y con Bolivia, y confiaba, desde luego, toda la suma del poder público á S. E. el capitán general D. Andrés Santa Cruz. Otra asamblea reunida en Huaura, hizo en agosto del mismo año idénticas declaraciones respecto de los departamentos de Amazonas, Junín, Libertad y Lima, y confió, así mismo, la plenitud del poder á Santa Cruz.

Este, con el título de supremo protector de los estados sud y nor-peruanos, declaró en octubre, que quedaba establecida la confederación entre estos estados y Bolivia y que un congreso compuesto de tres plenipotenciarios por cada estado, y que se reuniría en Tacna fijaría las bases de esta.

Este congreso ajustó, en efecto, el pacto de confederación que, según una de sus cláusulas, era la ley fundamental de ella.

1836
Santa Cruz.

Establecía poderes legislativo, ejecutivo y judicial de la confederación. El primero se componía de una cámara de senadores y otra de representantes. La primera era formada por quince miembros, cinco por cada república, nombrados por el jefe de la confederación, de entre los propuestos por los colegios electorales de cada departamento: el cargo de Senador era perpétuo. La Cámara de representantes se componia

de veintiun miembros: siete por cada estado, elegidos por el congreso general de entre los designados por los colegios electorales de las repúblicas, duraban seis años y se renovaban por tercios.

El protector de la confederación debía ser elegido por el congreso general, de entre los propuestos en una terna doble por los congresos de las repúblicas. El protector duraba diez años; era el generalísimo de mar y tierra de las repúblicas; dirigía las relaciones exteriores, nombraba á los agentes diplomáticos y cónsules; celebraba tratados con la aprobación del senado, nombraba á sus ministros y á todos los empleados de la administración general; elegía á los presidentes de las repúblicas, de la terna propuesta por sus congresos y disolvía el congreso general, "cuando manifiesta é indudablemente se apoderara de él el espíritu de discordia."

Las repúblicas eran iguales en derechos y la ciudadanía común: cada una tenía un gobierno propio.

La reforma del pacto se haría por una dieta general, compuesta de once diputados por cada república.

La bandera de la confederación era de color punzó, llevando en su centro las armas de las tres repúblicas entrelazadas por un laurel.

El pacto, finalmente, proclamaba protector de la confederación para el primer período, al capitán general Andrés Santa Cruz, quien continuaría investido del poder absoluto que ejercía, hasta la reunión del primer congreso general.

Chile y la República Argentina, miraban con alarma y desagrado la organización de un estado fuerte en la vecindad. Con pretextos insostenibles trajeron la guerra al Perú. La primera expedición chilena, incitada por jefes peruanos, ocupó Arequipa; pero pronto emprendió una retirada más desastrosa que una derrota, y los argentinos fueron vencidos en Tarija.

Una segunda expedición chilena se organizó para invadir el Perú, y aún cuando al llegar á sus costas, ya Orbegoso había, por su parte, roto la confederación,

desembarcó en Ancón y venció á Orbegoso, que quiso cerrarle el paso en la portada de Guía y ocupó Lima. Con la protección chilena, Gamarra, que con otros jefes peruanos vino con la expedición, proclamó su gobierno en Lima, en el mes de agosto, y con las fuerzas que organizó, unidas á las expedicionarias, marchó al encuentro de Santa Cruz que avanzaba sobre ellas.— Después de una sangrienta lucha, éste fué derrotado en Yungay en 20 de enero de 1839. Así concluyó la confederación, obra de Santa Cruz, quien si se distinguió como político, no brilló sin duda como soldado. Gamarra, asumió el poder como presidente provisorio proclamado en Lima.

*
* *

El general Gamarra, convocó un congreso de diputados que debía reunirse en Huancayo, con el mandato expreso que debían darle los electores, para hacer cuanto fuere conveniente para el arreglo y felicidad de la nación. Este congreso, se reunió en efecto en el mes de agosto del año 1838, é inmediatamente declaró insubsistente la constitución del año 1834 "que no había sido plantificada:" decretó la expedición de una nueva carta, cuya base sería la forma de gobierno popular, representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo; aprobó los actos de Gamarra y lo eligió presidente provisorio; dictó leyes de organización provisional de la república, y entre ellas, la que determinaba las atribuciones y restricciones del presidente. Finalmente, dictó en 10 de noviembre de 1839 la constitución, para cuya expedición había sido convocado.

*
* *

Bajo el imperio de esta constitución, continuaron los trastornos políticos hasta que, con el carácter de presidente constitucional, asumió el gobierno el general

Castilla en abril de 1845. Sucedióle el general Echenique, elegido también constitucionalmente. Algún adelanto alcanzó la república bajo este régimen regular; pero el gobierno de Echenique, con motivo de la consolidación de la deuda interna, cayó en desprestigio, y estalló una revolución á fines del 53, iniciada por Castilla, que pronto se hizo en alto grado popular, por el prestigio de su caudillo y la creciente odiosidad contra Echenique. El ejército de éste fué deshecho por la pericia militar del enemigo, en el campo de la La Palma el 5 de enero de 1855. Castilla asumió entonces el poder dictatorial.

El general Castilla convocó una convención que se reunió en junió de 1855; nombró al mismo Castilla presidente provisorio, en el mes siguiente, y dictó un estatuto provisorio, en el cual se detallaban las atribuciones y restricciones del presidente y se declaraban las garantías individuales. En octubre de 1856, expidió la nueva constitución.

Exajerada y en algunos puntos desacertada fué la reforma que operó la constitución del 56, como veremos más adelante, é injustificable el vano alarde que se hizo por algunos convencionales, en ociosos discursos sobre religión. Se azuzó asi el fanatismo de los pueblos y se dió bandera á la revolución. Esta estalló, pues, formidable, en Arequipa, acaudillada por el general Vivanco, y aunque sucumbió con la sangrienta toma de esa ciudad por Castilla, la constitución, orígen del trastorno, no pudo sobrevivir mucho tiempo á él. Castilla la había ricibido con profundo desagrado y no le dió extricto cumplimiento.

Castilla impidió la reunión ordinaria del congreso en el año 59, que ya en sesiones extraordinarias lo había proclamado presidente constitucional, é hizo una nueva convocatoria, para elección de representantes á congreso ordinario que debía instalarse el 28 de julio del 60.

* * *

Infringiéndose la constitución, que determinaba la manera de operar la reforma en tres legislaturas ordinarias, se hizo que los pueblos dieran en las actas electorales, autorización á los representantes para verificarla. Se reunió el congreso el día fijado y "autorizado por los pueblos, para reformar la constitución política de 1856" dió la de 13 de noviembre de 1860.

Algunas interrupciones ha tenido la vigencia de esta carta. Triunfante la revolución acaudillada por el coronel Prado, que estalló en Arequipa en 1865, á consecuencia del tratado humillante de paz celebrado con España, se proclamó en Lima la dictadura de Prado en noviembre de 1865. En febrero del 67 se reunió una convención, que puso en vigencia el estatuto provisorio del 55 y en agosto expidió una nueva constitución. Como en el año 56, se sostuvieron en la convención ociosos debates alardeando de liberalismo, y se dió nuevamente pretexto para revolución en Arequipa, que proclamó el restablecimiento de la constitución y triunfó en enero del 68.

El 22 de julio de 1872 el coronel Tomás Gutierrez, apoyado por sus hermanos, jefes de cuerpo, se proclamó dictador. El presidente Balta fué alevosamente asesinado; y el dictador y sus hermanos fueron muertos por el pueblo. Esta dictadura duró cuatro días.

Con motivo de la guerra con Chile, se proclamó la dictadura de don Nicolás de Piérola en diciembre de 1879. El dictador expedió un estatuto. Triunfantes los ejércitos chilenos en San Juan y Miraflores ocuparon Lima; el país continuó anarquisado hasta diciembre de 1885, en que una junta de gobierno asumió el poder hasta junio del 86, en que el general Cáceres fué proclamado presidente constitucional con arreglo á la carta del 60 que hoy rige.

*
* *

Las constituciones de 1839 y 1856, son las más notables de las que se han dictado en el Perú. Aun que inspiradas en doctrinas opuestas, ambas contienen sabias disposiciones, y correjidos los defectos, provenientes del exagerado espíritu de reacción con que fueron dictadas, se encuentran en esas cartas, los elementos suficientes para una constitución progresista y acomodada á nuestro estado.

Creemos conveniente hacer un breve estudio comparativo de esas constituciones.

En orden á los derechos públicos, la constitución del 56 operó importantes reformas en la del 39. Suprimió la pena de muerte, y el fuero personal, aunque respecto de lo eclesiástico, lo dejó subsistente en parte, disponiendo que no se podía proceder á la detención, ni á la ejecución de pena corporal contra personas eclesiásticas, sino conforme á los cánones: reconoció los derechos de asociación y petición colectiva, y dió á los extranjeros el derecho de adquirir propiedad territorial, sin que por esto quedasen en la condición de peruanos como lo establecía la del 39.

En esta, el poder legislativo podía investir al ejecutivo, en los casos de peligro de la patria, de las facultades que juzgara bastantes para salvarla: en la del 56, el legislativo solo podía decretar *dentro de la esfera constitucional*, las medidas convenientes para ese objeto.

En el orden político, la constitución del 56 suprimió la propiedad de los empleos, y señaló como únicas condiciones para ejercer la ciudadanía, ser mayor de veintiun años ó casado, y para el sufragio, alguno de estos requisitos; saber leer y escribir, ó ser jefe de taller, ó tener alguna propiedad raiz, ó haberse retirado, conforme á la ley, después de servir en el ejército ó armada. —La del 39, exigía acumulativamente para ejercer la ciudadanía, ser casado ó mayor de veintiun años, saber leer y escribir y pagar alguna contribución. La del 56 sustituyó el sufragio directo al erróneo y vicioso sistema de elección indirecta.

Es indudable que en el orden electoral, una y otra carta eran exageradas en sus disposiciones de espíritu opuesto.

La del 39 estableció al principio de la dualidad de cámaras, bien entendido. Eran diversas las condiciones de elegibilidad de los diputados y senadores; la base electoral para los primeros era la población, y la unidad treinta mil habitantes; los senadores, en número de veintiuno, eran elegidos por los departamentos; la cámara de diputados se renovaba por terceras partes cada dos años, y la de senadores por mitad cada cuatro años; á los diputados correspondía exclusivamente la iniciativa en las leyes sobre contribuciones, empréstitos y arbitrios; las legislaturas eran bienales. Como consecuencia lógica del principio de la dualidad, no existía el raro expediente de la reunión de las cámaras, en los casos de disidencia sobre los proyectos de ley, medida que desvirtúa por completo los efectos de la dualidad.

Algún exceso había tal vez, sobre todo para las impaciencias democráticas, en el espíritu conservador que dominaba en esta organización, y por reaccionar contra él, se fué la convención de 1856 al opuesto extremo. Se separó del principio de la dualidad, y creó un congreso de representantes, en el cual las condiciones de elegibilidad, la base electoral y la duración del cargo, eran las mismas para todos; en cada legislatura se hacía una división material en dos partes iguales por suerte, para que funcionaran separadamente; pero reuniéndose en caso de desidencia de opinión sobre algún proyecto de ley. Esta absurda organización del poder legislativo, era el más feo lunar de la constitución del 56.

Esta carta abolió la inmunidad civil de los representantes, consignada en la del 39. En orden al poder ejecutivo y á la administración, dominaba en la del 39 el espíritu de centralización. El periodo presidencial era de seis años, y entre las atribuciones del presidente estaban, la de suspender hasta por cuatro meses y

trasladar á cualquier funcionario del poder judicial, cuando lo exigía la conveniencia pública; remover á los vocales y jueces con cierto número de votos del consejo de estado; conmutar la pena capital, conceder patentes de corso y letras de represalias, y presentar á los arzobispos y obispos. La del 56 redujo á cuatro años aquel periodo, y restringió las atribuciones del presidente.

La del 56 creó las juntas departamentales y las municipalidades; pero hubo exceso de descentralización departamental.

Suprimió esta carta el consejo de estado, que según la del 39 era un cuerpo conservador y consultivo, y con esa supresión dejó un vacío en la organización política y administrativa, que no se llenaba, sin duda, con la institución del consejo de ministros que creó.

En el orden militar, la constitución del 56 declaró que la "obediencia era subordinada á la constitución y á las leyes," destruyendo asi la obediencia pasiva. La del 39 declaraba que "la fuerza armada es esencialmente obediente: no puede deliberar."

Por esta, correspondía al presidente de la república nombrar los jefes y oficiales y demás empleados del ejército y armada conforme á las leyes, y á los generales con aprobación del congreso; por la del 56, los ascensos desde mayor graduado y capitan de corbeta hasta general y contralmirante inclusive los hacía el congreso á propuesta del ejecutivo. Esta carta limitaba el número de generales á dos de división y cuatro de brigada, y á un almirante.

La constitución del 56 hacía amovibles á los jueces y vocales.

Según la constitución del 39, su reforma debía operarse de la manera siguiente. La proposición de reforma podía presentarse en cualquiera de las dos cámaras, firmada al menos por un tercio de sus miembros presentes: se le daba tres lecturas, con intervalo de seis días de una á otra, y se deliberaba después de la última,

sobre su admisión á discusión. Admitida, pasaba á una comisión de nueve iudividuos, elegidos por mayoría absoluta, la cual en el término de ocho días presentaba su dictamen sobre *la necesidad de la reforma.* Este dictámen, se sujetaba á la misma tramitación que seguían los proyectos de ley, pero necesario eran los dos tercios de votos en cada cámara para su aprobación.

Sancionada la necesidad de hacer la reforma, se reunían las dos cámaras para formar el proyecto, bastando para su aprobación la mayoría absoluta. El proyecto pasaba al ejecutivo, quien oyendo al consejo de estado, lo presentaba con su mensaje al congreso en su primera renovación. En las primeras sesiones del congreso renovado se discutía el proyecto, en cámaras reunidas, y lo aprobado por mayoría absoluta, era artículo constitucional, que se comunicaba al ejecutivo para su publicación y observancia.

Según la carta del 56, para reformar uno ó más artículos constitucionales, se necesitaba que el proyecto fuera aprobado en tres legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas como la de cualquier proyecto de ley.

Uno y otro sistema, consultaban la madurez y el acierto de la reforma, mediante la discusión en diversas legislaturas, y después de su renovación á lo menos parcial, pues aun cuando la del 56, nada decía sobre la renovación, pero por *legislaturas distintas* debe entenderse legislaturas renovadas, y no la misma en sesiones extraordinarias.

*
* *

El cambio repetido de constituciones, obra inmediata de las revoluciones militares que han agitado nuestra vida política; el régimen del poder discrecional de los caudillos, imperante durante largos años, y la poca severidad en la observancia de las disposiciones constitucionales, aún bajo los gobiernos regulares, han sido el

resultado lógico de la perniciosa enseñanza dada á la nación, desde los primeros días de su vida independiente.

La constitución del año 23 no debió ser expedida. Ella no era la obra de un congreso nacional, por que cinco de los once departamentos en que se dividía el Perú, á saber: Arequipa, Cuzco, Huamanga, Huancavelica y Puno, ocupados por las armas españolas, no concurrian realmente á la elección de ese congreso, y en su territorio no podía implantarse el régimen constitucional. En los territorios libres de la dominación, tampoco podía establecerse el nuevo órden, por que la anarquía que se había desencadenado en ellos, lo impedía—absolutamente. Finalmente, era bien conocida la resolución de Bolívar, de no consentir en la erección de un gobierno nacional.

Aún cuando no hubieran existido estas especiales circunstancias, la necesidad en que se encontraba el Perú, de emprender de nuevo la lucha con las fuerzas españolas, puesto que se habían perdido todas las ventajas alcanzadas sobre ellas por San Martín, hacía inevitable la concentración de todo poder en el soldado encargado de la obra.

Expidióse, sin embargo, esa prematura carta, pero en el mismo día en que se juraba su obediencia, el propio congreso declaraba en suspenso sus disposiciones, y ratificada el poder absoluto de Bolívar.

El nacimiento de este doble y monstruoso engendro de constitucionalidad y dictadura, sembró en el espíritu nacional el escepticismo político, y preparó á los peruanos á soportar con indolencia el autoritarismo militar.

Alcanzada la victoria de Ayacucho, era llegado el momento de entrar con sincera resolución, en la vida de la libertad y de la democracia. El Perú, completamente extraño á la vida propia, debía seguir el sendero recto ó tortuoso que entonces se le abriera; pero lejos de inspirarle, con los hechos, la convicción de la verdad republicana, y la honradez en la ejecución de sus prácticas,

se continuó pervirtiendo su espíritu, con la sumisión absoluta al poder militar, mantenido con la intimidación y el fraude político.

La violencia y el fraude fueron en verdad, los medios que se emplearon para prorrogar á Bolívar el poder absoluto; impedir la reunión del congreso en el año 26, y arrancar á los titulados colegios electorales, la adopción de la constitución boliviana y la designación de Bolívar para presidente vitalicio.

Se consiguió así, el objeto de comprimir y adormecer el sentimiento de la dignidad nacional, y crear un pueblo pasivo, mediante el descreimiento y la indolencia del mayor número, y la abyección de los otros.

Bolívar salió del territorio porque su estrella se eclipsaba en Colombia, pero los jefes militares, que habían luchado á su lado, educados en la escuela de la ambición y del absolutismo, se entregaron á la lucha, disputándose el poder, que se arrancaban unos á otros día á día, para su provecho personal.

Medio siglo vivió así el Perú agitado por partidos personales, regido por gobiernos militares, nacidos en los motines de cuartel ó el fraude electoral, y generalmente faltos de ilustración y de moralidad política y administrativa. Esa penosa época ha pasado ya, rezagos quedan, que dificultan la obra de la regeneración, pero estamos en el recto sendero, y retemplado el espíritu nacional con el recuerdo de grandes infortunios, consolidaremos la constitucionalidad, condición de todo progreso.

PRIMERA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO I

DE LA NACIÓN Y SU INDEPENDENCIA

Art. 1.º La Nación peruana es la asociación política de todos los peruanos.

Art. 2.º La Nación es libre é independiente, y no puede celebrar pacto que se oponga á su independencia ó integridad, ó que afecte de algún modo su soberanía.

La carta emplea la palabra nación como sinónima de *estado*. *Político*, *política* es lo que se refiere ó toca al gobierno de los pueblos, y asociación política, es la agrupación de hombres, convenientemente organizada para su gobierno, ó la agrupación humana que vive bajo el mismo gobierno. Tal es el concepto de *estado* adoptado por todos los tratadistas.

Nación es el conjunto de hombres que descienden ó *nacen* del mismo orígen, y que generalmente conservan el mismo idioma, la misma religión, idénticas costumbres, es decir vínculos naturales, que los unen entre sí, y que los distinguen de las demás agrupaciones humanas.

Pero no se concibe la existencia de la agrupación ó nación sin gobierno, y considerada la nación con relación á ese gobierno ó sea á su organización política es el estado.

*
* *

La definición que da el artículo 1°, es la misma que existía en las constituciones de los años 39 y 56, y con algunas variaciones en las anteriores, excepto en la del año 23 que decía: "Todas las provincias del Perú reunidas en un solo cuerpo, forman la nación peruana."

Fué, sin duda, de la constitución de Portugal del año 26, de donde el Perú, el Brasil y otras repúblicas americanas, tomaron la inútil definición contenida en nuestra constitución vigente. Ella solo encierra el concepto general y abstracto de estado aplicado al Perú: todo estado es, en efecto, la asociación política de los nacionales, pero no se llena ningún objeto práctico al consignarla en la carta, y en esta, con más razón que en las leyes, no debe haber nada inútil.

El único objeto que puede proponerse una constitución al definir el estado ó la nación, es expresar si ella constituye una sola entidad política, ó si forma parte de una federación de estados. En el segundo caso, la definición ó determinación de los estados federados es necesaria, y en efecto existe en todas las constituciones federales.

La declaración contenida en la constitución del año 23, consignaba, siquiera, el principio de unidad "bajo el cual, (decía la exposición de motivos) las fracciones, que el antiguo régimen denominaba provincias se constituyen en un solo cuerpo." Alguna significación tenía pues aquella definición.

*
* *

La declaración de independencia que hace una colonia, cuando se empeña en la lucha de su emancipación,

ó cuando realmente la obtiene, es la notificación que hace á las demás naciones de su existencia autonómica. Entonces tal declaración es necesaria y oportuna.

El Perú llenó esta necesidad el 28 de julio de 1821, día en que San Martín declarô que, "desde este momento el Perú es libre é independiente, por la voluntad general de los pueblos, y la justicia de su causa que Dios defiende."

También en la constitución del año 23, aunque inoportuna en sí misma, estaba en su lugar, prescindiendo de sus términos, la declaración de que "la nación peruana es independiente de la monarquía española y de toda dominación extranjera, y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia."

Pero pasados aquellos momentos, corridos ya largos años de vida independiente, sucedidas varias constituciones, tal declaración es innecesaria y fuera de ocasión. El solo hecho de darse un pueblo una constitución, supone necesariamente el goce de la soberanía internacional, y lo único que á este respecto debe consignarse en la carta, es la base de su organización externa, esto es, si constituye el estado una entidad política, sin lazo de unión con otras, ó si forma parte de una federación.

Esta necesidad se llena en la definición que se formule, como acabamos de decirlo en el párrafo anterior.

Creemos, pues, que la declaración contenida en la primera parte del artículo: "La nación es libre é independiente", es innecesaria.

*
* *

En cuanto á la prohibición de celebrar pacto que se oponga á la independencia, ó que afecte de algún modo la soberanía, es necesario entrar en algunos detalles.

En noviembre de 1826, esto es, al propio tiempo que el consejo de gobierno implantaba en el Perú la constitución vitalicia, se firmaban en Chuquisaca dos tratados, el uno llamado de Federación, en el que se esta-

blecía que las repúblicas del Perú y Bolivia se reunirían para formar una liga, que se denominaría Federación Boliviana, con un jefe supremo vitalicio que lo sería el Libertador Simón Bolívar, y el otro de Límites, en el que se fijaba la línea de delimitación de ambos estados, "quedando á Bolivia el puerto de Arica y los demás comprendidos desde el grado 18 hasta el 21, y todo el territorio perteneciente á la provincia de Tacna y demás pueblos situados al sur de esta línea."

La opinión pública se pronunció, como era de esperarse, contra la constitución vitalicia y contra ambos tratados, y en consecuencia, el consejo de gobierno tuvo que desaprobar éstos, y el congreso constituyente del año 27, declaró nula aquella constitución y dictó la del 28. Fué en esta en la que, sin duda para prevenir en lo sucesivo iguales intentos, se consignó por primera vez que "la nación no admitirá con otro estado unión ó federación que se oponga á su independencia."

Con los trastornos políticos del año 35, vino la confederación Perú Boliviana. El Perú fué dividido en dos estados, y con ellos y Bolivia se formó aquella confederación, bajo el protectorado supremo de Santa Cruz. Destruida la confederación, se dictó la constitución del año 39, y en ella reapareció la prohibición, que ya había desaparecido en la del año de 34, de "hacer con otro estado pacto alguno que se oponga á su independencia y unidad."

*
* *

Revisando las constituciones americanas, encontramos en las federales de los Estados Unidos, Méjico, Venezuela y la Argentina, la prohibición á los estados federados de hacer tratados, alianzas ó confederaciones con otros estados, ni entre sí, pero en las de los estados unitarios, como el Perú, no existe tal prohibición, salvo en Costa-Rica.

La razón de esta diferencia es obvia. Los estados ligados por un pacto de federación, confieren su repre-

sentación internacional al gobierno central, y solo este puede celebrar tratados; y además, los estados federados, romperían el pacto federal, contrayendo otras uniones, ó ampliando ó restringiendo la existente. Pero los estados que conservan, con su régimen unitario, toda su independencia internacional como su soberanía política, tienen el derecho de modificar su modo de ser internacional, por medio de pactos ó federaciones, cuando así lo crean conveniente á su conservación y progreso.

No se descubre porque deban los estados, renunciar ó prohibirse á sí mismos, este derecho de operar cambios en las condiciones de su vida externa, como no se explicaría tampoco igual renuncia ó prohibición, respecto de su organización interna. No se puede condenar á priori y absolutamente el régimen federal: él no es opuesto á la naturaleza de las sociedades, y lejos de eso, ofrece ventajas en circunstancias dadas, y es dice Tocqueville "una de las más poderosas combinaciones en favor de la prosperidad y de las libertades humanas."

La manera de ser de los estados en el órden internacional como en el político, es objeto de su constitución escrita; esta es refomable en todo lo que contiene, y el derecho de operar esa reforma, no puede renunciarse, ni ser objeto de una prohibición contenida en la carta, porque la prohibición misma, está sujeta al poder reformador y es por lo tanto ineficaz.

En el órden jurídico no se conciben mandatos ó prohibiciones dictadas por una persona para sí misma. El mandato y la prohibición suponen autoridad que los dicta y subordinado que los obedece; fuerza en la primera y carencia en este de derecho para resistirla. Esa autoridad y esa fuerza no existen en los seres libres respecto de sí mismos.

Estas consideraciones manifiestan que, la prohibición contenida en la carta, respecto de la celebración de pactos federales, es relativa á los poderes políticos, y no á la nación misma ó sea á su poder constituyente.

583285

BIBLIOTECA NACIONAL - LIMA-PERU -

CAPITULO II

DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL

Casi no se concibe la existencia del estado sin territorio propio. Una agrupación nómada, cualesquiera que sean los vínculos naturales que existan entre los individuos y las familias que la forman, y aun cuando obedezca á una autoridad común, no puede darse una organización tal, que la coloque en aptitud de sostener su independencia y asegurar el orden interior y los derechos de sus miembros. "Faltando esta condición, dice Calvo, no existe el estado, ó al menos no existe íntegramente." Es por esto que, los tratadistas definen el estado, como la agrupación de individuos, unidos por vínculos de orígen, sometidos á la misma autoridad y á las mismas leyes, y que habitan un territorio propio.

El territorio tiene pues una gran significación política: es elemento constitutivo del estado, es el signo que lo representa; sus límites son los términos de su acción soberana y de la autoridad que lo gobierna, y son estos los que fijan, con la nacionalidad, la condición jurídica de sus habitantes.

Ligados así al territorio, los grandes intereses de la soberanía de la nación y de los derechos individuales, la extensión territorial es asunto de órden constitucional. La constitución debe, pues, contener en forma general la determinación del territorio.

***

El congreso constituyente del año 23 lo comprendió así. La exposición de motivos decía á este respecto: "Entra después la comisión en el territorio de la república, porque la localidad es tan inherente á los establecimientos civiles, que sin ella es imposible prefijar cosa alguna sobre su integridad moral. Pero la actual guerra, y la consideración de que concluida, se hará con más exactitud la demarcación, obligan á diferirla para entonces, en que podrán intervenir los estados limítrofes, en el concepto de que el Perú, desde ahora, solo desea lo justo. Porque sería una inconsecuencia proclamar de una parte, principios liberales, queriendo por otra, investirse con el carácter de conquistador, en un siglo en que las adquisiciones de la fuerza son tan vergonzosas." Por estas razones, la constitución del año 23, se limitó á disponer la siguiente:

Art. 6º El congreso fijará los límites de la república, de inteligencia con los estados limítrofes, verificada la total independencia del alto y bajo Perú.

Cierto es que realizada la independencia, el Perú no ha podido llegar á entenderse con los estados limítrofes, respecto de fronteras, como ya lo hemos visto en la introducción histórica, pero esto no impide que su constitución fije, de un modo general, sus derechos territoriales.

Así lo han hecho los estados limítrofes, que se encuentran en el mismo caso, y precisamente la existencia de los litigios, es la razón que han tenido para consignar lo que creen su derecho.

El Perú ha debido seguir esa provechosa enseñanza, y como no lo ha hecho, existe en nuestra carta un vacío que es necesario llenar.

Y no hay imposibilidad, ni siquiera dificultad para hacerlo, porque no se trata por cierto, de determinar detalladamente la línea de frontera, sino únicamente de consignar las reglas fundamentales de sus derechos territoriales. El territorio del Perú, según lo hemos probado, es el que correspondía al virreynato en 1810, según las disposiciones del soberano español vigentes en

esa fecha, salvo las modificaciones operadas por la segregación de los gobiernos de Guayaquil y Chiloe, por la anexión de Jaen, y por el tratado de Ancón.

Declaración tan general, pero tan útil como esta, es la que contienen las constituciones de Colombia, Ecuador y Chile.

Debemos recordar de paso, que las segregaciones de Guayaquil y Chiloe y la agregación de Jaen, se operaron en condiciones muy diversas de las de Tarapacá. Las primeras, fueron la obra de la voluntad de aquellas provincias, en uso del derecho de independencia que asistía á todas las secciones coloniales, cualesquiera que fuera su grado gerárgico, una vez roto el lazo de la dominación española; la segregación de Tarapacá, ha sido impuesta por las armas victoriosas de Chile, contra la voluntad de las poblaciones conquistadas y del estado vencido; las primeras tienen pues un orígen legítimo incontestable: la última, descansa únicamente en la fuerza del vencedor.

*
* *

En el mismo artículo 2º se prohibe á la nación, celebrar pacto que se oponga á su integridad. Esta voz integridad significa aquí, el conjunto de las poblaciones que forman la nación, y no el suelo ó territorio que solo tiene valor económico. En este último sentido, no podría ser la integridad objeto de una disposición común á ella y á la independencia y soberanía. Se trata pues de la integridad personal ó nacional.

Esta prohibición es, como la relativa á la independencia, para los poderes y no para la nación misma. Pueden realizarse segregaciones y anexiones de territorios poblados, por el poder constituyente, y con el consentimiento expreso ó tácito de las poblaciones que son objeto de ellas.

Los cambios territoriales, afectan no solo los intereses materiales sino los derechos de nacionalidad de los pobladores, y tales cambios, como todos los relativos á la organización fundamental, ya en el órden ex-

terno, ya en el político, son de órden constitucional: solo el poder constituyente puede operarlos. De otro lado, la nacionalidad es un derecho individual; la nación no puede despojar al individuo de su calidad de nacional, é imponerle una nacionalidad extraña.

Es por esto que solo á los habitantes, cuya condición jurídica va á ser sustancialmente cambiada, es á quienes corresponde decidir respecto de ese hecho, que solo á ellos interesa.

Estos incontestables preceptos de derecho interno, han sido consagrados también por el derecho internacional moderno.

"En acatamiento á la soberanía de los pueblos, dice Calvo, el derecho de gentes moderno ha alterado profundamente, á este respecto, las reglas y las prácticas usadas bajo el imperio del antiguo derecho monárquico, y de los principios del llamado derecho divino."

"Hoy las naciones, no constituyen ya una especie de rebaño, cuya distribución se hace al rededor del tapete verde de un congreso: en adelante, para hacer definitiva y válida la cesión, la transferencia ó la venta de un territorio, es necesario que *los mismos habitantes del país llamados á cambiar de nacionalidad* den para ello su consentimiento expreso ó tácito. Esta es una nueva regla internacional, que ha prevalecido en el tratado de Turín de 24 de marzo de 1860, para la cesión de la Saboya á la Francia; en el tratado de Londres de 13 de julio de 1863 para la anexión de las islas Jónicas al reino de Grecia; en fin en el artículo 5º del tratado de Praga de 1866, para la toma de posesión definitiva por la Prusia, de los distritos setentrionales del Schlswig, y en el tratado de Viena del mismo año, para la devolución eventual por la Francia á Italia del territorio veneciano."

"Cuanto cambio respecto del tiempo en que los soberanos podían disponer libremente, como de cosa propia, no sólo del territorio y del dominio eminente, sino hasta las propiedades de los vasallos y de sus siervos ligados á sus tierras!"

En consecuencia, la prohibición contenida en el artículo 2º de la carta, se refiere, y así debe entenderse, á los poderes públicos, respecto á la atribución que les corresponde de celebrar tratados, y no á la nación misma, ó sea al poder constituyente, que tiene sin duda la potestad de operar cambios territoriales, previo el consentimiento de la provincia objeto de la cesión.

Lo expuesto no es aplicable á la cesión del suelo ó sea de territorio en que no existe población ó que esta es tan escasa, que no constituye ninguna subdivisión política. La cesión de tales territorios, no significa racionalmente menoscabo de la integridad nacional, ni destruye tampoco el derecho de nacionalidad de esos pocos habitantes, que fácilmente pueden cambiar de residencia, para lo que, es de uso, darles los medios necesarios, lo cual no sería posible tratándose de verdaderas poblaciones. Tales cesiones, que generalmente tienen lugar en la rectificación de fronteras entre los estados, puede hacerse por los poderes políticos, celebrando tratados internacionales en la forma ordinaria.

SEGUNDA PARTE

De los peruanos y sus derechos individuales

CAPITULO I

DE LOS PERUANOS

Art. 33 Los peruanos lo son por nacimiento ó por naturalización.

Art. 34 Son peruanos por nacimiento:

1.º Los que nacen en el territorio de la República;

2.º Los hijos de padre peruano ó de madre peruana nacidos en el extranjero, y cuyos nombres se hayan inscrito en el registro cívico, por voluntad de sus padres, durante su minoría ó por la suya propia, luego que hubiesen llegado á la mayor edad ó hubiesen sido emancipados;

3.º Los naturales de la América Española y los españoles, que se hallaban en el Perú cuando se proclamó y juró la independencia y que han continuado residiendo en él posteriormente.

Art. 35 Son peruanos por naturalización:

Los extranjeros mayores de veintiun años residentes en el Perú, que egercen algún oficio, industria ó profesión y que se inscriben en el registro cívico, en la forma determinada por la ley.

Art. 135 (transitorio.) Los artículos 34 y 35 no privan de los derechos de peruano por nacimiento ó por naturalización, á los individuos que se hallen en posesión legal de esta calidad.

El principio segun el cual, el lugar del nacimiento determina de pleno derecho, la nacionalidad de las personas, se ha seguido en todas nuestras constituciones.

Las repúblicas americanas lo han adoptado, teniendo en cuenta que la inmigración extranjera es para ellas fuente importante de población.

Este principio no es, sin embargo, el que establece el derecho moderno. Hoy se atiende, en primer lugar, á la nacionalidad de los padres para determinar la de los hijos, como lo hacía la regla romana, que declaraba romanos á los hijos de sus ciudadanos cualesquiera que fuera el lugar de su nacimiento.

Al nacido en el territorio, de padres extranjeros, debe reconocércele, sin duda, el derecho de opción y es, en consecuencia, á este y no al hijo de padres nacionales, al que debe imponerse la inscripción para reputarlo nacional.

La regla moderna se completa con las siguientes prescripciones:

Cuando los padres tienen diversa nacionalidad, los hijos legítimos ó reconocidos por el padre, siguen la nacionalidad de éste; los demás, la de la madre.

El hijo de padres desconocidos es nacional del territorio en que nace.

Calvo y otros tratadistas sostienen el principio de domicilio de los padres como el determinante de la nacionalidad. "Es el domicilio, dice el primero, el que puede solo determinar la relación jurídica entre el individuo y la soberanía del territorio, en el cual corre su existencia y cambia su personalidad. El que abandona su país para establecer en otro su domicilio, acepta sin duda, y asi es de presumirse, las leyes que encuentra en vigor en éste, y se somete á la acción directa de la nueva jurisdicción, bajo cuya égida se coloca. Establecido esto, y admitiéndose que la dominación sobre el individuo tiene por base la relación territorial, nos preguntamos ¿qué motivo de jurisdicción puede tener un soberano sobre un hijo nacido fuera de su territorio de uno de sus ciudadanos, que ha establecido su domicilio fijo en una sociedad extranjera."

El principio del domicilio viene ganando terreno en las nuevas legislaciones, y con razón constituirá una

regla de limitación ó excepción al de la nacionalidad paterna.

*
* *

Razones de equidad, muy atendibles sin duda, dictaron las disposiciones contenidas en el inciso 3º del artículo 34, y en el artículo 135, que mantienen en su calidad de peruanos á los individuos que determinan.

*
* *

El artículo 41 del código civil establece lo siguiente: "La peruana casada con extranjero y la extranjera casada con peruano, siguen la condición de su marido. Si enviudan, la primera recobra y la segunda conserva la calidad de peruana, con tal que residan en el Perú."

Esta disposición está fundada en la vida común, y la natural dependencia de la mujer al marido, establecidas por el matrimonio.

*
* *

A numerosas dudas dá lugar la cuestión de la nacionalidad. Asi, el nacido en el extranjero, cuyo padre es peruano por naturalización, lo es por nacimiento ó por naturalización? Nada explícito hay en nuestra legislación á este respecto.

La peruana cuyo marido, peruano tambien, deja de serlo, conserva su calidad ó la pierde junto con el marido?

Los muchísimos conflictos, á que dá lugar la diversidad de reglas adoptadas en los países son irresolubles, porque la solución que se les dé en un estado, no obliga al otro con quien el conflicto existe, y, por lo mismo, la única manera de evitarlos es por medios de tratados internacionales.

*
* *

La naturalización, ó sea el acto por el cual un extranjero es admitido en el número de los nacionales, y obtiene en consecuencia los derechos de estos y queda sujeto á sus obligaciones, es el reconocimiento del derecho individual por el que todo hombre tiene la libertad de elegir para su mansión, el lugar en que encuentre condiciones más favorables para la realización de su destino, y del de independencia de las naciones, para abrir sus puertas á los extranjeros y ofrecerles su adopción.

La naturalización es así, un verdadero pacto entre el estado y el extranjero que ingresa á él, y, por lo mismo, las condiciones de admisión y la mayor ó menor amplitud de sus efectos, son fijadas en las leyes de cada país, que el extranjero acepta al solicitarla.

*
* *

La inscripción del que habla el art. 35 de la carta, se hace, comprobando el extranjero ante el concejo provincial, que ha adquirido el derecho de vecindad, y que ejerce una profesión ó industria ó tiene una ocupación lícita. La vecindad ó domicilio se adquiere por los medios establecidos en el código civil, y la profesión se prueba con la patente ó de otro modo. El alcade para resolver la solicitud, oye á los síndicos y á la autoridad política, y la inscripción se hace en un registro especial, firmando el interesado, á quien se dá una constancia suscrita por el alcalde y los síndicos.

CAPITULO II

DE LA IGUALDAD CIVIL

Art. 6.º En la República no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios ni fueros personales. Se prohiben las vinculaciones; y toda propiedad es enagenable en la forma que determinan las leyes.

Art. 17 No hay ni puede haber esclavos en la República.

Art. 32 Las leyes protegen y obligan igualmente á todos: podran establecerse leyes especiales por que lo requiera la naturaleza de los objetos, pero no por solo la diferencia de personas.

La igualdad civil ó igualdad de derechos es un alto interes social.

"Lo que se llama unión en un cuerpo político dice Montesquieu, es una cosa muy equívoca: la verdadera, es una unión de armonía, que hace que todas las partes, por opuestas que parescan, concurran al bien general de la sociedad, como las disonancias en la música, concurren al acuerdo total.... En el acuerdo del despotismo asiático hay siempre una división real. El labrador, el hombre de guerra, el negociante, el magistrado, el noble, no están juntos sino porque unos oprimen á los otros sin resistencia, y si en esto se ve unión, no son ciudadanos los que estan unidos, sino cuerpos muertos"

Rossi encuentra una verdad fundamental en las palabras que acabamos de citar. "Para que haya verdadera unión dice, es necesario que ésta sea real y efectiva entre los miembros que constituyen el estado. En los

estados antiguos, donde había ausencia de derecho, del respeto por el derecho de otro, de igualdad civil no podía existir ese acuerdo verdadero, esa unión efectiva de que habla Montesquieu. No podía encontrársele en los estados, donde el principio dominante era en el fondo, la explotación del hombre, el envilecimiento de los unos en provecho esclusivo de los otros."

El régimen del privilegio, base general de la organización de los pueblos antiguos se oponía así á la formación de los estados, por que impedía la unión real de los elementos que los constituian. La igualdad, esto es, el reconocimiento de los mismos derechos y la concesión de las mismas garantías para todos los asociados, es la primera condición de estabilidad y de progreso para los pueblos.

*
* *

Bajo el aspecto individual, la igual condición de los hombres en el terreno del derecho, es una verdad establecida por la naturaleza. Dotado el hombre de libertad y de fuerzas para dirijirse á su fin, es para él un deber egercer incesantemente una y otras para llenarlo con la perfección posible, y ese deber es el título de un derecho. Cada hombre tiene así el poder de emplear su actividad, toda la actividad que la naturaleza le ha concedido en la prosecución de su destino.

Evidente es que los resultados que los hombres alcanzan, mediante el ejercicio de su actividad, son diversos, por que diversos son los elementos activos de que están dotados, y esto explica, en gran manera, la desigualdad de condiciones en la vida real.

La autoridad social no puede contrariar los designios de la naturaleza. Ella, respetando esos designios, debe declarar á todos los mismos derechos, ofrecerles iguales garantías, y asegurarles el goce de los resultados de sus esfuerzos.

"Lo contrario, dice Rossi, no sería la igualdad civil; sería la desigualdad en provecho de los menos activos,

de los menos enérgicos; esto sería no la igualdad de los hombres libres, sino la igualdad de los esclavos que viven de los mismos alimentos, son guardados en las mismas cabañas, cubiertos con los mismos harapos, cargados con las mismas cadenas, cualesquiera que pueda ser la diversidad de sus facultades intelectuales y físicas."

*
* *

Bajo el régimen colonial, existían instituciones que mantenían odiosas desigualdades, y hacían muy profunda la que separaba á la raza indígena de la española. Se contaban entre ellas el tributo, ó sea la contribución á que, en reconocimiento de su vasallage, estaba sujeto el indio, sobre quien pesaban, además, duras cargas que hacían de él un instrumento de trabajo. Existían los empleos hereditarios, que generalmente se compraban; títulos de nobleza que daban privilegios á sus poseedores; el fuero personal, la esclavitud, los mayorazgos y otras vinculaciones.

Era natural, que al pasar á la vida de la libertad, se tratase de destruir tales injusticias, y el General San Martín, por decretos de agosto de 1821, abolió el tributo, prohibió el uso del nombre de indio ó natural, sustituyéndolo con el de peruano, y extinguió los servicios de mitas, pongos, encomiendas, yanaconazgos, y todos los demas á que se sujetaba al indígena contra su voluntad. Estas disposiciones fueron casi todas ilusorias: el tributo continuó cobrándose, aunque con distintos nombres, como el de contribución de indígenas, hasta 1854, en que el general Castilla lo abolió realmente, y en cuanto á los servicios personales, también permanecieron los indígenas sugetos á ellos, de hecho, condición de la que aun no han salido totalmente.

*
* *

En la constitución del año 23, se declaró, que quedaban abolidos los empleos y privilegios hereditarios, declaración que se ha conservado en las posteriores.

*
* *

Hasta el año 56, subsistió el fuero personal, ó sea el privilegio de que gozaban los individuos de ciertas profesiones (militares y clérigos), para ser juzgados en toda especie de causas, por jueces de su misma carrera. La constitución del 56, suprimió el fuero personal, pero dejó subsistente el privilegio respecto de los clérigos, para que no pudieran ser detenidos ni condenados á pena corporal, sino conforme á los cánones. Este último rezago del fuero desapareció en la constitución vigente con los términos generales del artículo 6º

*
* *

La abolición de las vinculaciones, y entre ellas la del mayorazgo, que era la forma más odiosa, se consignó en la constitución del año 26, que como sabemos no tuvo aplicación, pero se reiteró en la del año 28, agregándose que la ley determinaría el modo y forma de enagenar los bienes vinculados. La ley se dió, en efecto, en enero de 1830, y con posterioridad se han expedido otras, y entre ellas la de diciembre de 1864, relativa á la redención de censos y capellanías.

*
* *

Hasta la época de la independencia, la esclavitud existió con todo el rigor que las leyes españoles daban á esta institución. En agosto de 1821, el general San Martín, declaró libres á todos los hijos de esclavos que hubiesen nacido y naciesen en el territorio del Perú, desde el 28 de julio de ese año, en que se declaró la independencia. Por decreto de noviembre del mismo año, declaró San Martín libre á todo esclavo que

pisase el territorio. Las constituciones, desde la del año 23 hasta la del 39, consignan la misma prescripción, y se dictaron muchas leyes para suavizar la condición de los esclavos existentes. En el año de 1854, el general Castilla, "restituyó, sin condición alguna, la libertad á los esclavos y siervos libertos, cumpliendo solemnemente un deber de la justicia nacional, sancionado por la revolución de 1854." El estado pagó á los amos el precio de los esclavos libertados.

* * *

Nada hay, sin duda, que desear en las disposiciones de la constitución y de las leyes que consagran el principio de la igualdad civil. Desgraciadamente, mucho camino falta hacer, para que la igualdad sea un hecho efectivo en nuestra vida social. La inferioridad de la raza indígena, respecto de las demás, la mantiene sometida á estas, y las leyes y los esfuerzos de los gobiernos han luchado con poco éxito, contra el inconsiderado predominio y duras exacciones de las autoridades subalternas, del cura, del hacendado y del cacique. La revolución tan frecuente en el Perú, ha encontrado en el indio, arrancado brutalmente de su choza, su instrumento de guerra, y el candidato político, el elemento de acción y el voto inconsiente. Esta profunda desigualdad, es y será el principal obstáculo, con que tropieza la república en el camino del progreso social.

CAPITULO III

DEL HONOR Y LA VIDA

Art. 16. La ley proteje el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado.

El honor como la dignidad, son objetos de derechos por su naturaleza ilimitados, y esta ilimitación nace de que son bienes de los cuales no puede abusarse, como se abusa de la libertad en sus diversas manifestaciones. No se descubre caso alguno, en que el poder público tenga necesidad, por vía de administración ó de castigo, de envilecer la persona humana ó destruir ó menoscabar el concepto honroso de que de todo hombre tiene necesidad en la vida social. Es por esto que el derecho moderno, ha proscrito absolutamente la muerte civil, las penas infamantes, los tormentos, etc., etc.

Cierto es que toda pena deshonra, pero el deshonor no es resultado del castigo, sino de la criminalidad del que se hace acreedor á él; la pena es infamante en el sentido jurídico, cuando el objeto directo que se propone el legislador al establecerla, es la deshonra del culpable.

Casos existen en las leyes, en los que se priva á los individuos del ejercicio de ciertos derechos y se les excluye de determinados empleos ó actos: hay sin duda, deshonor en tales suspensiones ó exclusiones, pero ese deshonor no es obra de la ley sino de la conducta del excluido, que por su conducta se hace inhábil para determinadas funciones.

La constitución, en la que se consignan los principios fundamentales de los derechos individuales, debe en consecuencia contener esta ó análoga disposición, "Las penas infamantes están y quedan abolidas."

*
* *

En lugar de esta disposición, nuestra carta dice: "La ley proteje el honor y la vida contra toda injusta agresión."

Manifiesta es la inutilidad de tal declaración. Ella expresa una de aquellas generalidades axiomáticas, que carecen absolutamente de objeto práctico. La ley protege la vida y el honor contra toda agresión injusta, como proteje la propiedad contra el robo y la libertad contra la violencia. La protección de los derechos contra los atentados que los violan, tal es, sin duda, el objeto de las leyes y tal es, así mismo, el objeto de la autoridad y de toda institución civil; pero esta verdad axiomática y trivial, no debe figurar en una constitución y solo tiene cabida en la cartilla política, que se pone en manos del niño en la escuela primaria.

Los atentados ó delitos privados contra el honor y la vida, estan previstos y castigados en el código penal: esa previsión y esa pena, constituyen la protección ofrecida á la vida y á la honra, sin que sea necesario que el código diga "protejo el honor y la vida contra la calumnia y el homicidio" y lo que es innecesario decir en el código, no puede ser dicho en la carta fundamental.

Basta que la constitución declare el derecho y señale el principio general que determina su extensión, para que la ley en seguida se encargue: 1º de señalar y castigar los actos privados que los violan y 2º de reglamentar su ejercicio dentro del límite establecido por la carta. Y en la generalidad de los casos, es hasta innecesaria la declaración del derecho, y basta la determinación de la regla que lo limita. Así lo hace la nuestra cuando dice: "Nadie puede ser separado de

la república, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada." "Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que determina la ley," etc., etc. Como estas, deben ser todas las fórmulas constitucionales declarativas de los derechos individuales.

*
* *

Por decretos de 16 de octubre de 1821, y 3 de enero de 1822, el general San Martín abolió las penas de azotes y de horca.

Las constituciones de 1823, 1826, 1828 y 1834, declaraban abolida, con el tormento y la confiscación toda pena cruel y de infamia trascendental, y la del 39, declaró que ninguna pena afectaría á otro que al culpado.

Entre las penas que emplea el código penal, y que según el mismo código lo dispone, son las únicas que pueden aplicarse, no existe ninguna infamante.

*
* *

La justicia y la necesidad de la pena de muerte son, desde Beccaria, materia de calurosa discusión entre los más grandes talentos y hombres de estado, y no está, sin duda, próximo el día, en que la humanidad dé solución á este gran problema.

No tomaremos parte en este debate secular, que más que á la ciencia constitucional corresponde á la teoría de la penalidad. Además, todo hombre de estudio forma su convicción á este respecto por su propio esfuerzo, y como resultado de otras teorías, y aún de la índole de su caracter y de sus sentimientos.

La teoría abolicionista gana terreno sensiblemente, y hoy la pena de muerte, está reservada para los grandes crímenes, que ocupan el más alto peldaño en la escala de la perversidad humana.

*
* *

Antes de la promulgación de la constitución de 1856, podía castigarse con la pena de muerte muchos delitos, en conformidad con las leyes españolas que regían entre nosotros. Este rigor, sin embargo, estaba atenuado con la facultad que nuestras leyes concedían al presidente de la república, para conmutar la pena capital, facultad que se ejercía con frecuencia.

La constitución de 1856 abolió por completo la pena de muerte, pero en la reforma de 1860, se estableció en los términos que ya hemos indicado.

Por ley de 11 de mayo de 1861, se señalaron quince casos en que el homicidio era calificado, y se derogaron las leyes que conferían al poder ejecutivo la facultad de conmutar la pena capital.

El código penal derogó la ley de 11 de mayo de 1861, y señaló los casos en que debe aplicarse la pena que nos ocupa. Estos casos son los siguientes:

1º La muerte dada á sabiendas al padre ó á la madre;

2º La muerte que se comete mediando cualquiera de estas circunstancias;

Por precio recibido ó recompensa prometida;

A traición ó sobre seguro;

Empleando incendio ó veneno;

Atacando el domicilio con el fin de robar, ó en despoblado ó en camino público con el mismo objeto;

Aumentando deliberadamente y con crueldad, el padecimiento de la víctima, ó por medio de emparedamiento, flagelación ú otro tormento.

La pena de muerte se ejecuta fusilando al delincuente.

CAPITULO IV

DE LA SEGURIDAD PERSONAL

Art. 18. Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente, ó de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito; debiendo en todo caso ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, á disposición del juzgado que corresponda.- Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados á dar copia de él, siempre que se les pidiere.

Art. 19. Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Es prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos.

Las libertades humanas tienen por objeto la tranquilidad y el bienestar de la vida material; los altos fines del espíritu; y el ejercicio del trabajo en sus diversas manifestaciones, como fuente de la propiedad, y el goce y disposición de esta.

En una acepción limitada, la libertad personal es la que se refiere á la comodidad y bienestar de la vida material, y sus principales manifestaciones son la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las cartas y el derecho de residencia y traslación.

Es de esta libertad personal ó relativa á la vida material, de la que Benjamín Constant habla en estos términos:

"La libertad individual es el fin de toda asociación humana: sobre ella se apoya la moral pública y privada, sobre ella reposan los cálculos de la industria. Sin ella no hay para los hombres ni paz, ni dignidad, ni

honor. Cuando la arbitrariedad hiere sin escrúpulo á los hombres que le son sospechosos, no es solamente á un individuo á quien ofende, es á la nación entera á quien irrita, desde luego, y envilece en seguida. La arbitrariedad es en lo moral lo que la peste en lo físico. Es la enemiga de los lazos domésticos, pues lo esencial de ellos es la esperanza fundada de vivir juntos, de vivir libres, en el asilo que la justicia garantiza á los ciudadanos. Por la arbitrariedad, los hijos ven oprimir á su padre sin poder defenderlo; la esposa tiene que soportar en silencio la detención de su marido, los amigos y los parientes comprimir las más santas afecciones. La arbitrariedad es enemiga de las transacciones, que fundan la prosperidad de los pueblos, mata el crédito, aniquila el comercio, destruye todas las garantías. Cuando un individuo sufre, sin haber sido declarado culpable, todo lo que no es desprovisto de inteligencia, se siente amenazado y con razón; cuando se destruye la garantía, todas las transacciones experimentan el daño; la tierra tiembla y se marcha en ella con espanto."

***

Estas verdades, son de absoluta aplicación respecto de la seguridad personal, que es la garantía de que debe gozar el individuo, de no ser aprehendido y detenido, sino en los casos señalados por la ley y con las formalidades que ella determina. La ley, por otra parte, no debe señalar otros casos que aquellos que el orden social exige.

***

El artículo 18 de la constitución dá lugar á las siguientes cuestiones:

1º Cuando existe delito infraganti? En sentido estricto, según la definición unánimemente aceptada, delito infraganti es "el que se comete actualmente, en

presencia de numerosos testigos," pero para el efecto de la captura inmediata del delincuente, y aún para otros efectos del procedimiento penal, las legislaciones dan un significado más ámplio á la infragancia. Así en los códigos de instrucción criminal de Francia y Bélgica, se establece, que "el delito cometido en el acto, ó que acaba de cometerse es un flagrante delito." "También se reputará, agregan esos códigos, flagrante delito, el caso en que el presunto culpable sea perseguido por el clamor público, y aquel en que se hayan encontrado en el mismo, efectos, armas, instrumentos ó papeles que hagan presumir que es autor ó cómplice, si esto sucede en momentos próximos al en que el delito se hubiese cometido."

Nuestro código penal de procedimientos, no determina cuando existe delito infraganti, y este es un vacío que dá lugar á interpretaciones, y hace insegura la aplicación del artículo constitucional. No puede dejar de entenderse el delito infraganti, en el sentido lato que le dan aquellas legislaciones, á lo menos para la captura del delincuente por los jueces, y por los encargados de la conservación del orden público.

2ª En qué casos pueden las autoridades encargadas de conservar el orden público, expedir mandamientos escritos de detención?

Nuestro código de procedimientos en materia penal, establece que "en las causas en que tiene obligación de acusar el ministerio público, se decretará por precaución la captura y detención de los presuntos reos, siempre que haya cuerpo de delito é indicios de culpabilidad."

En las causas en que no tiene esa obligación el ministerio fiscal, el procedimiento judicial solo puede instaurarse por la querella del agraviado, segun el mismo código. Es pues evidente, que las autoridades encargadas del orden público, no pueden decretar la captura en tales casos, porque en general, no procede en ellos la detención preventiva. Pero como la constitución no hace referencia á la ley; como la disposición

del código se refiere al juez, y como existe la tendencia en la autoridad á aumentar su poder, esta no tiene generalmente en cuenta la restricción del código.

No podemos dejar de observar, que la disposición del código penal es defectuosa. Entre los delitos en que no tiene obligación de acusar el ministerio fiscal, se encuentran algunos, castigados con las penas de penitenciaría y con la de cárcel por cinco años: el interés de eludir el castigo es vivísimo, y no comprendemos porqué en estos casos, mediando la acusación ó querella de la parte agraviada y presunciones de culpa, no se decreten la captura y detención preventivas.

3ª Quiénes son las autoridades encargadas de conservar el orden público? Desde el alto funcionario ó ministro de gobierno y policía, hasta el teniente gobernador ó el teniente de guardias, ejercen autoridad relativa al orden público, pero no es posible admitir que al teniente de guardias competa, la facultad de dictar mandamientos escritos de captura.

La ley debiera pues, determinar quienes son las autoridades investidas con esa atribución. Así lo hacen las legislaciones de otros países.

Todas estas cuestiones dificultan la aplicación del artículo constitucional. La constitución es cierto, no puede descender á detalles, pero por lo mismo, debe referirse explícitamente á la ley, siempre que se trata de las restricciones á la libertad. Esa referencia á la ley y solo á ella, es en si misma una garantía contra la arbitrariedad, y por eso todas las constituciones la contienen. Como consecuencia de tal referencia, la ley debe ser precisa y completa: y lo es, cuando el legislador se encuentra obligado, por mandato de la carta, á determinar y definir los límites que separan los dos grandes principios de la libertad y de la acción de la autoridad.

La captura y detención judicial de los presuntos reos, se encuentran regidas por el código penal, de manera que respecto de ellas, no existen graves dificultades, y las que se presentan, son de la competen-

cia del derecho penal. Lo mismo decimos, respecto de la detención decretada judicialmente, por vía de apremio en el procedimiento civil y del arraigo, que es también medida de precaución en el procedimiento civil, y que el código de la materia reglamenta.

***

La ley de 21 de octubre de 1897, concede el recurso *habeas corpus* á todo detenido, á quien dentro de 24 horas, no se le haya notificado la orden de detención judicial. La petición puede ser presentada por el mismo detenido ó por cualquiera persona, ya sea al juez de 1ª instancia de la provincia, ó directamente á la corte del distrito judicial, y debe acompañarse á ella la copia del mandamiento, ó expresar que no se ha obtenido; se expresará así mismo, si la prisión se verificó en el caso de delito infraganti, ó de aquellos en que se decreta la captura inmediata, y si está ó no el detenido acusado por delito que autorize la prisión preventiva.

Cuando se afirma que no hubo delito que autorize prisión preventiva y se ofrece además, una fianza por cien soles, con la promesa de poner al detenido á disposición del juzgado, el juez pide informe á la autoridad que ordenó la prisión. En vista del recurso de *habeas corpus* y del informe ó aviso, el juez decreta la libertad del detenido, sino hubiese motivo para continuarla; si hubiese motivo para la detención, ó si la autoridad no emitiese el informe en el término fijado, el juez pedirá la persona del detenido; y someterá á juicio, en este último caso, á la autoridad por detención arbitraria.

Cuando en la petición se expresa que hubo acusasación de delito, el juez pedirá á la autoridad ejecutiva la entrega del acusado.

Análogo procedimiento sigue la corte, cuando la petición se presenta ante ella.

También cabe, según la ley, el recurso de *habeas*

corpus, para ante la corte, siempre que el enjuiciado ó detenido crea, que el juez se ha hecho responsable de detención arbitraria.

Decretada la libertad del detenido, se continúa la tramitación que señala la ley, para hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad que ordenó la detención, aquien se castiga con las penas que la misma ley señala.

Cuando de la constancia que se acompaña, ó de las primeras diligencias aparece, que el responsable es un prefecto ó un ministro, después de resolverse el recurso, se eleva el expediente á la corte superior ó á la suprema, para que dé cuenta al congreso, según los casos, á fin de hacer efectiva la responsabilidad del funcionario.

Algunos defectos encontramos en esta ley. No nos explicamos porque, el recurso de *habeas corpus*, según la ley, solo procede después de trascurridas veinticuatro horas de la aprehensión. Esta puede ser ilegal desde el momento en que se practica, y lo es cuando, salvo la infragancia, no se ha expedido mandamiento escrito, ó no se ha dado copia de él pidiéndola el detenido, y aun con mandamiento escrito, cuando el hecho que la motiva no justifica la orden de arresto. En cualquiera de estos casos de detención ilegal, debe concederse el recurso, sin necesidad de esperar una segunda ilegalidad, esto es la falta de notificación del mandato judicial. Menos de veinticuatro horas serían bastantes, para que el detenido alcanzara su libertad, en el caso, por ejemplo, de que del mismo mandamiento escrito y del aviso dado por la autoridad, resultara que no es procedente la detención: el juez la decretaría como debe hacerlo, con vista del recurso y del aviso. El mismo resultado podría obtenerse, si la autoridad informara en el mismo día de la detención. Además, el recurso tiene por objeto, no solo obtener la libertad, sino castigar á la autoridad culpable, y la culpabilidad existe en todo caso de detención ilegal, independientemente muchas veces, del plazo de 24 horas.

Tampoco nos explicamos porque, la ley dispone que, se proceda contra la autoridad responsable, decretada que sea la libertad del detenido. Puede no decretarse la libertad, por haber acusación contra el detenido que la impida, ó por no poder prestar la fianza, y sin embargo haber culpa en la autoridad, por haber ejecutado la detención con infracción de las formas legales. La detención puede ser ilegal, no solo por no existir, motivo bastante para decretarla, si no también por la arbitrariedad en la forma de su ejecución.

Tampoco hay razón, para que se mantenga al detenido bajo la acción inmediata de la autoridad, contra la cual se emplea el recurso, mientras esta expida el informe que el juez le pide ó corra el término que le señale para expedirlo, y menos se explica la razón de este procedimiento, ante la disposición de la ley, que solo concede el recurso después de las 24 horas. Pasado este término, el detenido no debe estar un momento más bajo la acción de la autoridad política; es terminante á este respecto la disposición constitucional, que ordena que el arrestado sea puesto *dentro* de 24 horas á disposición del juzgado. El juez debe, en la misma providencia en que pide informe al juez, ordenar que le sea entregado el detenido. En este punto la ley de que nos ocupamos es infractoria de la constitución.

Radical reforma, exige pues, la de "*habeas corpus,*" para que ofrezca realmente garantías á la libertad personal.

***

La constitución en el artículo 19, se refiere á las cárceles como lugares de detención preventiva, y da el nombre de presos á los detenidos. Mientras no se expide el fallo condenatorio, se presume inocente al inculpado, y de aquí la necesidad de omitir toda severidad que no sea necesaria para su custodia.

***

Debemos consignar entre las garantías á la seguridad personal, las que la legislación penal establece prohibiendo juzgar á otros que no sean los jueces y tribunales, y conforme al procedimiento que ella prescribe; ser castigado sin plena prueba y con penas diversas de las existentes cuando se cometió el delito, y ordenando que se compute el tiempo de la detención preventiva en el de la condena.

CAPITULO V

OTRAS LIBERTADES PERSONALES

Art. 31. El domicilio es inviolable: no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de juez ó de la autoridad encargada de conservar el orden público. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados á dar copia de él siempre que se les exija.

Art. 22. El secreto de las cartas es inviolable: no producen efecto legal las que fueren sustraidas.

Art. 20. Nadie podrá ser separado de la República, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada.

Otra de las manifestaciones de la libertad personal es la inviolabilidad del domicilio, en virtud de la cual cada hombre es dueño absoluto de su hogar, y nadie puede penetrar en él contra su voluntad.

Es una necesidad de la naturaleza y una aspiración universal, que en las relaciones de la vida privada, constituidas por deberes, afectos é intereses, que no se refieren á los hombres en general, solamente tomen parte aquellas personas con quienes nos ligan los íntimos lazos de la familia y de la amistad. Esa vida íntima del hogar, que nos ofrece el descanso y el contento después de las agitaciones y contrariedades de la vida externa; esa vida, en que el hombre se consagra así mismo, se desvirtuaría por completo, si pudiese ser interrumpida arbitrariamente por la autoridad ó por los demás hombres. La vida privada es esencialmente individual; la sociedad solo puede ingerirse en ella, cuando á la sombra de la inviolabilidad del domicilio, se perturba el órden por la perpetración del delito, ó se em-

baraza la marcha de la sociedad por la infracción de las leyes.

*
* *

Los principios fundamentales que deben regir en esta materia, son los mismos que dejamos establecidos al hablar de la seguridad personal, por consiguiente: 1º es la ley y solo ella, la que debe determinar los casos en que se puede penetrar al domicilio, y las formalidades para verificarlo; 2º la ley debe autorizar el allanamiento, solo en los casos indispensables para la conservación del órden social.

La reglamentación generalmente establecida por las legislaciones modernas á este respecto, es la siguiente:

Durante la noche no se puede penetrar en el domicilio, sino en los casos de incendio, inundación ó solicitud hecha del interior de la casa;

En los lugares abiertos para el público, como cafés, posadas, casinos, etc., la autoridad de policía puede penetrar mientras permanezcan abiertos;

Durante el día, se puede penetrar en los domicilios: para la formación de los censos, registros y ejecución de las disposiciones generales de la administración sobre higiene, construcción etc.; para el cobro de las contribuciones públicas; para la comprobación de los crímenes, aprehensión de los acusados, ejecución de las sentencias y cumplimiento de los apremios judiciales.

Las legislaciones, cuidan de determinar los casos excepcionales en que se puede penetrar al domicilio, sin previo mandato escrito, y las formas precisas con que debe verificarse en los demás casos.

*
* *

Nuestro artículo constitucional sobre la materia es esencialmente defectuoso.

Parece, según sus términos absolutos, que no hay caso alguno en que se pueda penetrar al domicilio, sin

mandamiento escrito de juez ó de la autoridad encargada de conservar el órden. Sin embargo, esos casos existen en nuestras leyes y son más de los precisos. Así el artículo 136 del código penal tiene tal alcance, que destruye por completo la inviolabilidad del domicilio. Siempre podrá justificarse, según ese artículo el allanamiento, por que es fácil simular una situación en que haya un mal que evitar, ó un deber de moral ó de justicia que cumplir.

Hay pues, y no puede dejar de haber, casos en que es necesario penetrar al domicilio sin mandamiento escrito, y la constitución no debe desconocer esa necesidad.

Adolece además, el artículo, de la misma gravísima omisión en que incurre el artículo 18.

Cuándo puede dictarse mandamiento escrito de allanamiento? Como la facultad de expedirlo corresponde, según la carta, al juez y á la autoridad encargada de conservar el órden público, esta lo hará á su arbitrio, sin limitación ni reservas.

Quién es la autoridad encargada de conservar el órden público? Son todos los funcionarios que forman la larga escala del ôrden político y de policía, y es inadmisible dar á todos esa facultad.

Viciosa es pues, la fórmula de la carta por exceso y por defecto, y las disposiciones de nuestras leyes sobre la materia, son también deficientes y oscuras.

La única fórmula que las constituciones pueden adoptar en esta materia, es la empleada en el mayor número de las modernas concebida, á imitación de la de Bélgica, que dice: "El domicilio es inviolable: ninguna visita domiciliaria puede tener lugar, sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ella prescribe."

*
* *

El secreto de las cartas es objeto de un derecho análogo al de la inviolabilidad del domicilio. Romper el sello que guarda los pensamientos y afectos agenos, es

violar la vida íntima, de la que cada hombre es y tiene derecho de ser dueño absoluto y esclusivo; es despojar á otro de su propiedad y destruir su bienestar, si esos pensamientos son combinaciones comerciales, secretos industriales; es sembrar la intranquilidad en todas las manifestaciones de la vida individual y social, y dificultar el adelanto de todo interes.

La violación de las cartas operada por la autoridad, es en ella un delito más grave que en los particulares, por que la autoridad impone el monopolio del trasporte de la correspondencia, bajo la promesa de la fidelidad en su custodia.

El código penal castiga al empleado público que abusando de su cargo intercepta, sustrae, inspecciona ó publica cartas ó documentos particulares, y al particular que incurre en el mismo delito.

Las leyes determinan el valor en juicio y los efectos legales de las cartas.

*
* *

Entre las manifestaciones de la libertad personal, debe considerarse el derecho de residencia y traslación. Todo hombre es árbitro para fijar su morada, en el lugar que, más favorables condiciones le ofrece para la realización de su destino; y permanecer en él mientras no incurra en alguno de los casos excepcionales que la ley debe preever.

Al ocuparnos de los extranjeros, veremos las limitaciones á que están sujetos su ingreso y permanencia en territorio que no es el suyo, pero en órden á los nacionales, ese derecho no nace de la ley ni de la voluntad de la sociedad, por que para ellos el territorio nacional es su propiedad y su hogar.

La constitución dá al poder judicial, exclusivamente, la potestad de separar al individuo del lugar de su residencia, por vía de pena, en los casos y con las formas judiciales determinadas en la ley penal.

El código civil, agrega, que "nadie puede impedir

que los vecinos de cualquier pueblo muden de residencia."

El pasaporte, exigido antes para transitar en la república, y para entrar en su territorio y salir de él, fué abolido por supremo decreto de 24 de febrero de 1852, y para no dejar esta importante garantía de la libertad, á merced de los gobiernos, la convención nacional declaró, por ley de 16 de marzo de 1857, que quedaba abolido el pasaporte, para transitar en la república y para entrar ó salir de ella.

CAPITULO VI

DE LA RELIGIÓN

Art. 4.º La nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la proteje y no permite el ejercicio público de otra alguna.

Art. 134. Para que se establezcan sobre bases sólidas las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado; y para que se remuevan los obstáculos que se opongan al exacto cumplimiento del artículo 6.º en cuanto al fuero eclesiástico, se celebrará, á la mayor brevedad un concordato.

La religión es una necesidad de la naturaleza. La idea de Dios es una ley de la razón, y de ella nacen las creencias, los sentimientos y los actos que constituyen las religiones. La religión es, pues, un fin del hombre, el más elevado y trascendental, por que en él cifrамos nuestros destinos inmortales, y por que en la vida de la tierra, es la fuente más pura de consuelos y esperanzas.

El derecho de religión presenta dos manifestaciones importantes: la libertad de conciencia y la libertad de los cultos.

La conciencia y el pensamiento humanos estan fuera del alcance de toda voluntad y de todo poder, y no necesitan de garantías legales, pero puede ejercerse fuerza sobre el creyente para arrancarle confesiones contrarias á su fé, y obligarlo á practicar actos que condena. Los mártires del cristianismo son los ejemplos sangrientos de esa fuerza violatoria de la justicia; pero el tormento no apagó la fe cristiana en el espíritu de los mártires.

Las creencias íntimas, cualesquiera que sean, no dañan ningún derecho, y por eso son extrañas á la acción del estado y á la competencia de la autoridad pública.

No puede estarse abligado á creer ó no creer, porque el pensamiento no es obra de la voluntad; y la fuerza, último medio de que la autoridad dispone, no llega hasta el impenetrable santuario de la conciencia.

*
* *

El derecho de libertad de cultos es igualmente incontestable. La necesidad religiosa no queda satisfecha con la adoración que rendimos á Dios en la intimidad de la conciencia. Deseamos, y nos creemos obligados á tributarle esa adoración á la luz del día, á formar la iglesia y á predicar nuestra fé y nuestro derecho es tan amplio como esa aspiración.

Todos los hombres son igualmente libres: el derecho de cada uno no tiene más límites que el derecho de los demás, y en nadie existe título para imponer un culto y proscribir otros.

La salud espiritual es asunto que sólo concierne al individuo: forma parte de esa vida incondicional de la cuál no depende la vida agena. En el órden religioso, ninguna acción, ninguna omisión es medio indispensable para la realización del fin ageno: los actos religiosos como las creencias íntimas, son extraños al derecho y al fin directo de la autoridad pública.

No es posible invocar los títulos de la verdadera religión para proscribir los falsos cultos. El derecho no depende del sentido de las opiniones: el derecho no aprueba ni condena las creencias religiosas, como no decide sobre la verdad en el órden de las ciencias naturales, y esta calidad de extraño al sentido de las doctrinas, hace de él un principio de universal armonía, un lazo de unión y de paz entre los hombres, por diversos que sean los climas que habitan, las creencias que acepten los hábitos y costumbres que los distingan.

*
* *

La existencia de la iglesia libre en el estado libre, es la consecuencia natural del derecho individual de religión.

"Nada es más odioso, dice Lamartine, que un poder político que se coloca entre Dios y el alma de un pueblo, que quiere administrar á su manera y en provecho suyo el pensamiento, la fé y la conciencia de una nación, y que acepta, bajo la hipocrecía de la política, una fé falsa para ciertos hombres y un oculto que ofende á Dios."

"Cuando los reyes se mezclan en religión, dice Fenelón, en lugar de protegerla la esclavizan. Acordad á todos la tolerancia civil, no aprobando todo como indiferente, sino sufriendo con paciencia todo lo que Dios sufre y tratando de arreglar las cosas por una dulce persuación."

No significa esta independencia, que el poder civil no tenga la facultad de dictar leyes para conservar la paz en la sociedad, la cual puede ser turbada por las luchas, que la intolerancia religiosa puede provocar y fomentar; puede ir la administración hasta prohibir la práctica de ceremonias del culto en las calles y plazas, para evitar los choques que tendrían, sin duda, el carácter de delitos comunes.

***

La libertad religiosa en el amplio sentido que le damos, es la exigencia de la justicia y las constituciones deben tender á su reconocimiento. Pero la vida real, con sus errores y sus vicios, no siempre permite implantar, en un momento, todo lo que la justicia exige.

En un pueblo dominado por el espíritu de intolerancia, y fácil de ser conducido á los excesos que el fanatismo religioso inspira, sería temeraria tal tentativa.

***

Las doctrinas liberales fueron combatidas siempre por los exaltados católicos, y sus sostenedores acusa-

dos de impiedad, y como la causa de la independencia americana era hija de esas doctrinas, muy explicable es, que el fanatismo religioso se pusiera del lado de los dominadores. Así el obispo de Trujillo, cuando fueron consultados los vecinos notables respecto de la independencia, fué el único que opinó por resistir tenazmente á San Martín; y el obispo de Maynas, hacía una predicación calurosa contra los patriotas, y lanzaba excomunión contra los rebeldes.

En tales circunstancias, habría sido un grave error ponerse en lucha con el sentimiento religioso, y dar á los dominadores la incomensurable ventaja, del favor de la opinión de las masas. Muy al contrario, convenía desvanecer los recelos que en ese órden inspiraban los caudillos, y de allí que San Martín, cuidó de hacer la declaración de religión en el estatuto provisorio, en estos términos:

"1º La religión católica, apostólica, romana es la religión del estado: el gobierno reconoce como uno de sus primeros deberes, el mantenerla y conservarla, por todos los medios que estén al alcance de la prudencia humana. Cualquiera que ataque, en público ó privadamente sus dogmas y principios, será castigado con severidad, á proporción del escándalo que hubiese dado.

"2º Los demás que profesen la religión cristiana, y disientan en algunos principios de la religión del estado; podrán obtener permiso del gobierno, con consulta de su consejo de estado, para usar del derecho que les compete, siempre que su conducta no sea trascendental al órden público.

"3º Nadie podrá ser funcionario público sino profesa la religión del estado."

El principio de la intolerancia religiosa, que además de sus antecedentes históricos en América, aun no ha perdido del todo su imperio en el mundo, se ha conservado, pues, en nuestra organización social, no obstante algunos intentos para abolirlo.

El congreso constituyente del año 22, aprobó como base de la constitución la declaración siguiente: "Su

religión (de la nación) es la católica, apostólica, romana," con la cual quedaba abierto el camino á la libertad religiosa, pero al día siguiente, (30 de noviembre de 1822) se presentó un memorial al congreso, firmado por un gran número de personas, entre las que figuraban las más notables de Lima, para que se adicionara el artículo, con las palabras "con exclusión de otra alguna," como lo habían propuesto dos diputados. Se reabrió el debate, y se aprobó la adición concebida en estos términos: "con exclusión de cualquiera otra."

En la constitución vitalicia del año 26, la declaración estaba formulada, lo mismo que en las bases: "La religión del Perú es la católica, apostólica, romana," pero esta carta, como sabemos, no llegó á regir.

En las constituciones de los años 28 y 34, la declaración de que nos ocupamos estaba consignada en estos términos: "Su religión es la católica, apostólica y romana: la nación la protege por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna." Obsérvese, que la prohibición se extendía al *ejercicio* del culto, sin distinguir el público del privado, y que en consecuencia, la intolerancia era llevada hasta el extremo, pero en la del 39, se modificó este exceso, y la prohibición se limitó *al ejercicio público de cualquier otro culto*, en cuya forma pasó á las Cartas del 56 y del 60.

***

Necesario es determinar el alcance de la prohibición constitucional, relativa al ejercicio público de las religiones diversas de la católica.

Evidente es, desde luego, que el culto interno, el cual en ningún caso se llama público, está fuera de discusión. Nada pueden hacer la ley ni la autoridad, respecto de las creencias internas, y toda medida á este respecto, sería violatoria de la constitución. Felizmente, dado el espíritu de la época moderna, á nadie se le ocurrirá pedir el restablecimiento del tribunal de la in-

quisición, ni dictar medidas de fuerza, de ninguna especie para esclavizar la conciencia, definitivamente emancipada de la intolerancia antigua.

Ejercicio ó culto público de una religión, es el que se practica en lugar público, y lugar público, según las legislaciones y los tratadistas, es aquel cuyo dominio pertenece al estado ó al pueblo y cuyo uso es de todos: los caminos, los puertos, las riberas, las calles, las plazas, las alamedas, parques, etc., son lugares públicos. En ellos pues, no se puede, en el Perú, practicar actos que constituyan ejercicio de religión diversa de la católica.

Pueden existir, plazas, calles, jardines, y en general lugares abiertos ó al aire libre, de propiedad particular, pero cuyo dueño los haya cedido, condicional ó incondicionalmente, y por tiempo determinado ó nó, para el uso de todos. Es indudable que en tal caso, no existe diferencia sustancial entre tales lugares y los públicos propiamente dichos, y que entran en la prohibición; y aún cuando, cese el uso común, y el propietario los cerque con estacas ó fosos, como continúan al aire libre, y lo que en tales lugares se practique, queda á la vista del público que los rodea, son si duda objeto de la prohibición. Necesario sería levantar muros, esto es, convertir el lugar en edificio y cerrar sus puertas al público para sustraerlo á la prohibición. Puede en consecuencia, establecerse como tesis general, que la constitución no prohibe, el ejercicio de las religiones en edificios de propiedad particular, y cuyas puertas no estan abiertas para el público.

Esta interpretación, aunque incompleta, es la que en forma auténtica ha dado Chile al artículo 5 de su constitución. Este artículo dice así:

"La religión de la república de Chile es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra."

Y la ley interpretativa de 27 de julio de 1865 dice:

"Se declara que por el artículo 5 de la constitución, se permite, á los que no profesan la religión católica,

apostólica, romana, el culto que practiquen, dentro del recinto de edificios de propiedad particular."

Según el sentido literal de ésta interpretación, en un edificio de propiedad particular, pueden abrirse las puertas al público y ejercerse actos de religión y entre ellos la predicación, sin restricción alguna, salvo la que resulta de la capacidad del local. Creemos que hay exceso en ésta interpretación, y que tal amplitud indebida, sólo puede salvarse, agregando la reserva de que el edificio no esté abierto para el público. Pero debe no olvidarse que, público según su acepción gramatical, es el pueblo ó una parte considerable del pueblo, sin distinción de clases, profesiones, etc., etc., de manera que los lugares, en que se admite á un número limitado de personas en condiciones determinadas, como los hospitales, hospicios, casas de huespedes, colegios, etc., etc., no son lugares abiertos para el público. Sin duda por ser excepcionalísimos los casos, en que un edificio particular puede estar abierto para el público, la ley chilena no hace mérito de ellos.

No se comprende en la frase ejercicio de religión, muchos actos, signos, ú objetos, que aún cuando dan á conocer una creencia religiosa, no constituyen, sin embargo, ejercicio directo y efectivo de ella. No puede prohibirse al clérigo disidente, que use publicamente sus vestiduras habituales, no puede prohibirse la clausura de los establecimientos comerciales, industriales ó de otro órden, en determinados días vedados para el trabajo según las religiones, ni el comercio de objetos conocidamente destinados para el ejercicio de los cultos.

*
* *

El matrimonio es objeto de un derecho natural, tan indiscutible y sagrado como el derecho de vivir. Por su gran significación y trascendencia, el sentimiento universal da al matrimonio caracter religioso, y todas las religiones lo hacen suyo y lo reglamentan. Pero el

matrimonio es también un hecho eminentemente civil, porque de él nacen numerosos derechos de este órden.

Dado este carácter complejo del matrimonio, y supuesta la diversidad de religiones, qué régimen cabe respecto de él, bajo el imperio del artículo 4º de la constitución?

El artículo 4º prohibe el ejercicio público de las religiones diversas de la católica, y prohibe en consecuencia, la celebración pública de los matrimonios religiosos no católicos; pero autoriza ó tolera su celebración en privado, como la de cualquier otro acto religioso. Reconocida por la carta la existencia de matrimonios no católicos, tiene que reconocer los efectos civiles y necesarios de él, y así lo hace realmente. No hay como deducir de los términos del artículo 4º, el repudio de los derechos naturales indestructibles, que se desprenden del matrimonio no católico, que el mismo artículo autoriza y es necesario separarse de la lógica para establecer lo contrario. En ese error incurria nuestro código civil, al reconocer los efectos civiles de los matrimonios no católicos celebrados en el extrangero, y no reconocerlos á los mismos matrimonios celebrados privadamente en el país. Era hijo legítimo, el nacido de un matrimonio no católico celebrado fuera de la república, pero no lo era si el matrimonio se había contraído en el territorio, autorizado y consentido por la constitución.

Felizmente este error, contrario al verdadero espíritu, y á la racional interpretación del artículo constitucional, ha desaparecido ya de nuestras leyes.

Han percibido nuestros legisladores, que prohibir el ejercicio público de las religiones, no es prohibir actos, que, aún cuando tienen carácter religioso, son también actos de la vida, universales, necesarios, y materia de derechos inherentes al hombre cualesquiera que sea su fé; que el matrimonio, bajo este aspecto, es acto de orden civil, de altísima importancia; que en consecuencia, es deber de la ley reglar su celebración y sus efectos; y que al hacerlo, respecto de los no ca-

licos á lo menos, tiene que prescindir, del aspecto religioso del acto, que queda á la conciencia de los contrayentes.

Convencidos, pués, de estas verdades incontestables, expidieron ley de 23 de Diciembre de 1897, que reglamenta la celebración del matrimonio de los no católicos. No ha salido el legislador de la prohibición constitucional, y antes bien, la ha interpretado y aplicado con sujeción á su verdadero espíritu, y á su significado literal, y correjido en el código, disposiciones erróneas.

***

El entierro de los muertos se ha considerado también acto religioso, en casi todos los tiempos y según todas las creencias. El catolicismo ha hecho suyos los cementerios destinados para su fieles, ejerce en ellos su autoridad, y niega sus sepulturas á los que no pertecen á su comunión. Este carácter católico de nuestros cementerios, ha ocasionado muchas dificultades y conflictos para la inhumación de los no católicos.

Es indudable que la prohibición del artículo 4º no se extiende á más de los cementerios católicos. Las personas no católicas, pueden construir los suyos, y verificar sus inhumaciones conforme á sus ritos, porque tales cementerios, como los hospitales y hospicios, no son lugares públicos ni abiertos para el público, en el sentido que ya hemos fijado.

Además, no existiendo cementerios particulares, la autoridad local tiene necesariamente que proveer á la sepultura de los no católicos, y debe construir, y así está mandado en el Perú, cementerios civiles, en los que los sepelios, tienen que hacerse sin ceremonias religiosas, porque siendo aquellos del dominio del estado ó públicos, en su recinto no pueden practicarse las ceremonias de otras religiones diversas de la oficial, y sería absurdo, de otro lado, aplicar las de ésta, en el entierro de los que no la profesaron.

***

La consecuencia precisa de la existencia de una religión oficial, única, sostenida ó fomentada por el estado, es la intervención directa del poder civil, en los asuntos propios de aquella. Esa intervención, que se ejerce en los nombramientos de los clérigos, en el manejo de las rentas, en la pureza del culto, etc., es lo que constituye el *patronato*, ejercido en los países católicos y aún en Inglaterra protestante.

Por eso, San Martín, en el reglamento provisional de febrero de 1821, declaró, que el derecho del patronato nacional, quedaba reasumido en la capitanía general y el de vice patronato en los presidentes de los departamentos. Las constituciones todas, inclusive la actual, han consignado entre las atribuciones de los poderes públicos, las relativas al ejercicio del patronato.

El patronato no fué explícitamente reconocido por la curia romana hasta 1874, por bula expedida en Roma en 3 de marzo, y á la cual se dió el *exequatur* en enero de 1880.

En este importante documento, el Sumo Pontífice, fundado en que la nación peruana ha sabido conservar esmeradamente la religión católica; en las declaraciones que la constitución contiene respecto á ésta, y en la liberalidad del estado para auxiliarla, *concede* al presidente de la república el goce en el territorio, del derecho de patronato, de que gozaban por gracia de la Sede Apostólica los reyes de España. Establece como condiciones de este privilegio, que los bienes asignados actualmente, tanto al clero, como al ministerio sagrado y al ejercicio del culto, sean conservados íntegramente y distribuidos con diligencia y fidelidad, y que el gobierno del Perú, continúe favoreciendo y protegiendo la religión católica.

Con tales condiciones, da al presidente el derecho de presentar á la Sede Apostólica, eclesiásticos dignos y aptos para las sillas arqui-episcopal y episcopales; varones dignos para la provisión de las dignidades, canongias, prevendas y parroquias, y le concede el goce,

en las iglesias del Perú, de los honores de que disfrutaban los reyes de España.

Como consecuencia del patronato nacional, y de la protección y fomento que se presta á la iglesia, corresponde al gobierno determinada intervención en la administración de los bienes y rentas eclesiásticas, en la erección, unión y supresión de iglesias, parroquias, monasterios, beneficios, etc., en el cumplimiento de las fundaciones, y exactitud en el desempeño de las funciones eclesiásticas, en la conservación y pureza de la disciplina externa etc. etc., atribuciones que estan expresamente consignadas en las leyes vigentes, cuyo estudio corresponde, en detalle, al derecho eclesiástico.

*
* *

Consecuencia natural de la estrecha relación que existe entre el estado y la iglesia oficial ó nacional, es también el *exequatur*, ó sea la facultad del gobierno civil, para conceder el pase á las disposiciones emanadas de la Sede Apostólica, sin el cual no pueden ser ejecutadas y observadas.

El poder público adquiere por esa relación, parte de la autoridad de la iglesia, en lo relativo á su vida externa, como ya hemos visto, y tiene en consecuencia, á fin de que no se menoscaben sus regalías eclesiásticas, el derecho de conocer las disposiciones de la silla romana, para permitir su ejecución y observancia, ó para pedir su reconsideración y enmienda.

En estrecha conexión las leyes civiles con las eclesiásticas, hasta el punto de que muchas de estas son leyes del estado; confundido, casi, el carácter de ciudadano con el de fiel; el poder civil ejecutor de todas las leyes, protector de todos los derechos, y que pone su acción y su fuerza al servicio de la iglesia oficial, no puede ser el órgano inconsiente de aquellas leyes.

Este derecho fué ejercido con gran celo por los reyes de España, y era objeto importante de su legislación. Nuestras constituciones lo tienen establecido des-

de la independencia, y el artículo 94 de la actual lo consigna. Los códigos y otras leyes contienen disposiciones sobre la materia, derivadas todas del principio constitucional.

***

El estado provee al sostenimiento del culto, no solo dando los fondos precisos para la construcción y reparación de los templos, y demás establecimientos de piedad, sino rentando á los obispos y cabildos esclesiásticos. Abolidos los diezmos, se dispuso por la ley de 3 de mayo de 1859, que el arzobispo, obispos, dignidades y canónigos que están al servicio de las iglesias catedrales, y que percibian rentas procedentes de diezmos, las recibirían, en lo sucesivo, de los fondos del tesoro nacional, y determinó la manera de fijar las rentas; que los seminarios conciliares, colegios, hospitales, fábricas de las iglesias catedrales, y otros establecimientos que tenían asignada alguna parte de los diezmos, serían en lo sucesivo sostenidos por el estado, cubriéndose con las rentas fiscales, el déficit que les resultaba de la abolición del diezmo; y que desde el día de la promulgación de esa ley, quedaba prohibido el cobro de diezmos, conforme á lo dispuesto en la de 13 de agosto de 1856.

***

El concordato, esto es el pacto ó convenio que un estado celebra con el Papa, sobre colación de beneficios, jurisdicción temporal y otros puntos de disciplina eclesiástica, es de uso muy antiguo, y el medio de evitar los conflictos entre la iglesia y el estado.

El concordato celebrado en 1753 entre España y el Pontífice Benedicto XIV, sirvió de base á la legislación española en materia eclesiástica, y se ha sostenido, que sus disposiciones son extensivas al Perú independiente.

Sin embargo, dificultades se presentaban y era urgente ponerles remedio con un concordato.

En 1853, se acreditó un enviado extraordinario cerca de su Santidad, dándole las instrucciones convenientes para la celebración del concordato: este sin embargo no llegó á pactarse.

Como la constitución del 60 suprimió el fuero eclesiástico, y tal abolición, tenía que ser causa de nuevos conflictos con la curia romana, los constituyentes del 60, creyeron necesario disponer la celebración de un concordato á la mayor brevedad. Este no se ha pactado, pero el Sumo Pontífice "queriendo satisfacer los deseos que el Perú nos ha expresado por su representante" expidió la bula de patronato, de que ya hemos hablado.

CAPITULO VII

DE LA ENSEÑANZA

Art. 25. Todos los que ofrezcan las garantías de capacidad y moralidad prescritas por la ley, pueden ejercer libremente la enseñanza y dirigir establecimientos de educación bajo la inspección de la autoridad.

Art. 24. La nación garantiza la existencia y difusión de la instrucción primaria gratuita y el fomento de los establecimientos públicos de ciencias, artes, piedad y beneficencia.

La libertad de la enseñanza, esto es la trasmisión de los conocimientos en todo orden de materias, descansa en los mismos fundamentos de la libertad religiosa. La razón individual no está subordinada á la autoridad pública, que solo ejerce su acción, sobre los actos ú omisiones que son condición necesaria para la vida agena. "El ciudadano, dice Laboulaye, debe al estado la obediencia civil hasta el sacrificio de su vida, pero no le debe el sacrificio de su conciencia y de su razón. Confiscar la libertad que se refiere á esa parte de la vida del hombre, que solo concierne al individuo, que hace su grandeza y su fuerza, es despojarlo del primero y del más santo de sus derechos."

En conformidad con estas ideas, que dan á la libertad de enseñanza la misma amplitud que al derecho de religión, el congreso constituyente de Bélgica, cuando expedía la carta que rige en ese estado, desechó el proyecto que le presentaba la comisión central que decía: "La enseñanza es libre: todas las medidas de vigilancia y de represión seran regladas por la ley."

"Debe desecharse, se dijo entonces, la palabra vigilancia, porque ella envuelve la idea de medida preventiva, que nosotros no aceptamos. Bajo pretexto de vigilancia, se entraba la libertad y esto no lo queremos." El artículo constitucional fué, en consecuencia, formulado en estos términos: "La enseñanza es libre: se prohibe toda medida preventiva; la represión de los delitos solo puede ser reglada por la ley."

Bajo este régimen de libertad, no cabe la exigencia de título alguno sobre idoneidad ó moralidad; ningún exámen ni autorización previa sobre doctrina, textos, métodos, etc., etc. La enseñanza, como la práctica de los cultos, como la expresión del pensamiento en general, solo está sujeta á la represión por el delito que se cometa, contra el órden público, los principios de moral universal, el honor, etc.

En cuanto á los intereses materiales de la seguridad y la salud de los niños, que pueden estar comprometidas por las malas condiciones de los locales, ó por el trato personal, son objeto de las disposiciones generales, que la administración puede dictar dentro de los límites de la ley, para todos los lugares donde se reunen personas, que merecen especial protección de la autoridad.

* * *

La enseñanza privada, queda así libre de la intervención oficial; pero no se puede negar al estado igual derecho para enseñar. "El estado es ante todo, dice Laveleye, el juez y el gendarme, pero es tambien el maestro de escuela y el constructor de rutas."

La instrucción primaria es indispensable á todo hombre, para manejarse en la vida sin dañarse á sí mismo y á los demás. El ciudadano que carece de ella, es un elemento perjudicial, y el estado en guarda del derecho individual, y del derecho de la colectividad, impone esa enseñanza como obligatoria, y la da por sí mismo en concurrencia con los institutores libres, para suplir-

la deficiencia, corregir los abusos, y cooperar al adelante de este alto interes social.

En un país, dice Thonissen, donde la libertad de enseñanza es admitida con sinceridad, la acción del estado puede ser tan feliz y tan benéfica, cuanto puede ser peligrosa y despótica en otro, donde el poder se arroga el monopolio de la instrucción pública. Con la intervención del estado, se tiene la certidumbre de ver surgir las escuelas, en las numerosas localidades, donde la industria privada no encontraría compensación suficiente. Con la libre concurrencia se obtiene el estímulo del interes personal, la variedad de métodos, el espíritu de exámen y de reforma, la emulación en todas sus formas, en una palabra, los elementos de un progreso real y durable."

***

En conformidad con el art. 2º de la carta, el reglamento general de instrucción pública, de marzo de 1876, vigente hoy con algunas modificaciones, establece las condiciones para el ejercicio de este derecho, en los tres grados en que se divide la enseñanza, primaria, media y superior ó facultativa.

Respecto de la primaria, dispone que pueden ejercer la enseñanza, los varones y mujeres mayores de edad, que acrediten buena conducta é idoneidad suficiente. La buena conducta se comprueba, con certificados de dos personas de honradez notoria, y la idoneidad con el título ó diploma que se obtiene mediante un exámen, sobre las materias correspondientes al grado que se pretende enseñar y sobre los métodos de enseñanza. El reglamento expedido por el consejo superior de instrucción pública, determina las personas que forman el jurado examinador, y las formalidades de la prueba.

Prohibe el reglamento general el ejercicio de este derecho, á los que hubiesen sido enjuiciados criminalmente, mientras no presenten la ejecutoria de su

absolución definitiva, y á los que adolecen de alguna enfermedad contagiosa é incurable, ó tienen algún defecto físico que los inhabilite para el ejercicio del magisterio.

Los requisitos de los que enseñan en cuarteles, cárceles, ó escuelas, que dependen inmediatamente de sociedades piadosas ó filantrópicas, que tienen carácter oficial, quedan al juicio de los respectivos jefes superiores ó directores, pero sujetos á la inspección, que por las leyes corresponde á las autoridades.

La licencia para la apertura de las escuelas, se obtiene de los concejos municipales respectivos, quienes solo pueden negarla por insalubridad del local, ó por no reunir los solicitantes los requisitos legales.

La inspección que corresponde al gobierno y á los concejos municipales en las escuelas se contrae: 1º á las condiciones de salubridad de los locales; 2º á la moralidad de los preceptores; 3º á vigilar que en ellos no se enseñen doctrinas contrarias á la religión, á la moral y á la forma de gobierno; 4º á impedir que los preceptores empleen en su servicio ó de su familia á los alumnos, dentro ó fuera de la escuela, y que se les aplique otras penas que las establecidas en el reglamento de ella. Las faltas respecto de los objetos de la inspección, se penan con la clausura de la escuela.

La enseñanza media está también sujeta á la intervención oficial, la cual es más ó menos amplia, según que el colegio sea ó nó autorizado.

Respecto de los colegios no autorizados, ó enteramente libres, la inspección se limita á la salubridad del local, á la moralidad de los profesores, y á impedir que se enseñen doctrinas contrarias á la moral, á la religión y á la forma de gobierno.

Para los colegios que solicitan que su enseñanza sea autorizada por el consejo superior de instrucción pública, son necesarias las condiciones á que están sujetos los colegios oficiales á saber: títulos que señala el reglamento para ser director ó profesor; sugeción en la enseñanza al plan de instrucción oficial; y en su dis-

ciplina interior y exámenes, á las prescripciones del consejo superior, y condiciones del local necesarias para la enseñanza.

Los colegios que funcionan en locales insalubres, ó en los que se enseñan doctrinas contrarias á la moral, la religión, ó á la forma de gobierno, son clausurados, con las formalidades que señala el reglamento.

En orden á la instrucción superior ó facultativa, pueden una ó varias personas abrir cátedras de instrucción superior, y constituir facultades universitarias libres, retribuidas ó nó por los asistentes á sus cursos, bajo la inspección del gobierno. Esta inspección se limita, á impedir la enseñanza de doctrinas contrarias á la religión, á la moral ó á la forma de gobierno.

Los consejos universitarios otorgan las licencias que se pidan para dictar cursos libres, en las universidades oficiales, por personas que, á juicio de dichos consejos, reunan las condiciones necesarias de moralidad y suficiencia, previa la presentación de los programas de las materias que deben enseñar. Los consejos pueden suspender este permiso cuando tengan fundados motivos. Los grados universitarios que se confieren en las universidades libres no tienen valor oficial.

*
* *

Las disposiciones de la ley de instrucción, relativas á la intervención de la autoridad en la enseñanza, dan lugar á graves problemas, cuya solución es necesario encontrar.

No puede ponerse en duda, el derecho del estado para intervenir en la enseñanza, y sobre todo en la primaria, que es la más trascendental en la vida del individuo y del ciudadano, pero al lado de este derecho de la autoridad, está el del padre, á quién la naturaleza da la misión obligatoria, sin duda, de educar al hijo. Cuando el padre llena esta tarea por sí mismo y en su propio hogar, no está sin duda, sujeto á las disposiciones de la ley de instrucción: á nadie se le ocurrirá, exijir

al padre el diploma de preceptor, y el certificado de moralidad, ni investigar cual es la doctrina religiosa, moral ó política que enseña á su hijo, ni inspeccionar su casa ó su conducta respecto de aquel. Esta enseñanza, que podemos llamar familiar, está pues fuera del alcance de las disposiciones de la ley de instrucción, relativas á la intervención de la autoridad.

El padre puede encargar á otra persona de la enseñanza del hijo, en el mismo hogar paterno, y esa enseñanza inmediatamente vigilada por aquel, es siempre la familiar libre de la intervención de la autoridad.

Pero no es en el hogar del padre donde esa enseñanza se dá: es en el domicilio de la persona encargada de ella: no es un solo padre, son varios lo que le hacen el mismo encargo. ¿Hay entonces una escuela sujeta, en todo caso, á la intervención de la autoridad?

Al padre corresponde en primer término educar al hijo, y es derecho suyo dirigir esa educación, eligiendo al institutor, dándole sus instrucciones y vigilando su labor. El estado crea, organiza y dirige también la enseñanza primaria, porque no todos los padres, tienen la posibilidad ó voluntad constante para llenar su tarea. La autoridad se las prescribe como obligatoria, y les proporciona los medios para llenarla en las escuelas oficiales.

Cuando el padre cumple esa obligación directamente, sin acudir á la enseñanza oficial, y se comprueba que ejerce respecto del institutor, á quien confia la educación de su hijo, la vigilancia que ella reclama, nada tiene que hacer el estado, que sólo ejerce autoridad subsidiaria á la del padre. Si uno ó varios padres fundan una escuela, exclusivamente destinada para la enseñanza de sus hijos, y ejercen la vigilancia y la dirección inmediata en ella, la autoridad pública no puede ni debe intervenir; es enteramente familiar esa enseñanza, como la que dá al padre en su propio hogar. Para la autoridad no existe institutor ni escuela, y sólo tiene que entenderse con el padre, conforme á las dispo-

siciones que rigen la educación dada por este en su propio hogar.

Adviértase que estas escuelas familiares, deben gozar de esta completa libertad, aún bajo el régimen restrictivo que establece nuestra ley de instrucción, según la cual se exige comprobación de aptitud á todo el que pretenda abrir una escuela, y se inspecciona por la autoridad, el local, la conducta y la enseñanza misma. Tales restricciones, sólo deben referirse á las escuelas, en que el institutor procediendo por su propia cuenta, anuncia al público la existencia de su escuela, por medio de prospectos, avisos ó rótulos, admite alumnos, á su voluntad, y dirige por sí mismo su establecimiento.

Nuestra ley, sin embargo, no establece esta excepción á sus disposiciones generales, y aunque á nuestro juicio, así debieran interpretarse, no se hace así, se procede de diverso modo, y en la práctica se ha incurrido en excesos de inexplicable injusticia.

Este principio de libertad amplia, para las escuelas familaires, está reconocido en la misma ley chilena interpretativa del artículo 5 de la constitución. Dice así:

"Es permitido á los disidentes, fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en la doctrina de sus religiones."

*
* *

Entre las disposiciones de nuestra ley, la que más inconvenientes y peligros presenta, es la prohibición de enseñar "doctrinas contrarias á la moral, á la religión y á la forma de gobierno" por los términos generales y vagos con que está redactada. Así, en materia religiosa, para muchos son doctrinas anticatólicas, las de la libertad y tolerancia de cultos, la del matrimonio civil y otras; en materia de moral filosófica toda teoría racionalista es condenada por muchos como intrínsicamente falsa, y en política, ateniéndonos á la letra de la ley, no podría enseñarse la superioridad de la forma

federal sobre la unitaria, ni calificarse como erronea la organización de alguno de los poderes públicos.

A tales exageraciones dá lugar sin duda, nuestra ley de instrucción, y si es difícil que en el terreno de los hecho se incurra en ellas, no es imposible que así suceda, y de todos modos, es defectuosa una ley que las ocasiona.

Tratándose de la doctrina, no puede irse más allá, en materia de moral, de los principios de moralidad universal que constituyen la base de la vida; en política, de la incitación á la subversión del orden, y en religión, supuesto el régimen de una y única imperante y oficial, de lo que contrarie sus dogmas sustanciales y de carácter esclusivamente religiosos. La ley restrictiva debe, pués, buscar fórmulas lo más precisas y prácticas posibles, para no abrir ancho campo á la arbitrariedad.

*
* *

Debemos observar que nuestra legislación es, en materia de enseñanza, más restrictiva que respecto de religión. Así los disidentes pueden poseer y poseen sus templos y capillas privadas, y en ellas celebran sus ritos, sin que la autoridad franquee sus puertas para prohibirles ni inspeccionar sus actos; tienen sus cementerios y dan sepultura á sus cadáveres con las ceremonias de su culto, pero no pueden tener escuelas, aún cuando las sustraigan á la espectación pública, porque la autoridad cree, que su misión de vigilancia se estiende á toda casa en que se de la enseñanza.

Se olvida, que si es una necesidad inevitable dar sepultura á los muertos, no lo es menos, la de abrir á los vivos el camino de su jornada, por la educación y la enseñanza. El estado escluye de sus escuelas católicas á los niños desidentes, pero impone al propio tiempo á todos los padres, católicos ó nó, la obligación de educar á sus hijos y ¿cómo cumplirán esta misión ricos y pobres, si no pueden fundar escuelas los unos, y si no las hay gratuitas para los otros?

La educación primaria que prescinde del todo del elemento religioso, es tan incompleta como la que olvidara el desarollo físico. No siempre puede darse la educación religiosa en el hogar: ¿quién la dá al niño sin madre, y cuyo padre jornalero apenas puede sobrellevar la fatiga del trabajo diario? La religión, con la idea infinita de Dios y sus misteriosas enseñanzas, engrandece el espíritu, despierta y alimenta todos los afectos benévolos, corrige las injusticias y los odios, es la más sólida base de la moral, y el más dulce lazo de la fraternidad humana. "Si no hubieran Dios y religión, sería necesario inventarlos."

Hay que aceptar la vida como es, y si la unidad religiosa es una utopia, la igualdad humana es una verdad: todos los hombres tienen la misma participación en el fondo común de los beneficios de la vida social. Es por esto que, una de las mejores soluciones para este difícil problema, dice Laveleye es la contenida en el artículo 21 del primer proyecto de ley, presentado á las cámaras holandesas, durante la sesión de 1855 —1856: hela aquí:

"La instrucción debe servir para desenvolver los sentimientos morales y religiosos.

Los institutores se abstienen de enseñar, y de hacer ó permitir que se haga algo, que pudiera herir las creencias religiosas de las diversas comuniones, á las cuales pertenecen los niños que frecuentan la escuela.

La enseñanza de la religión es encomendada á las diversas comuniones. A este efecto, los locales de la escuela, estarán á la disposición de los alumnos, fuera de la hora de clase."

*
* *

La instrucción primaria de primer grado, es obligatoria, según el reglamento, para *todos los habitantes del Perú.* El primer grado obligatorio comprende: lectura y escritura, nociones prácticas de gramática y lengua castellana, doctrina cristiana, lecciones de urbanidad,

nociones práticas de aritmética y sistema métrico decimal, ejercicios de gimnasia, nociones de higiene.

Los concejos de distrito deben llevar un registro, debidamente clasificado, de los niños mayores de seis años, y de los adultos de ambos sexos, que en el territorio de su jurisdicción están en el caso de recibir la instrucción primaria de primer grado. El reglamento señala penas de multa, por la falta de inscripción en el registro antes indicado, por la inasistencia á las escuelas, ó la discontinuidad de las elecciones en el domicilio, y contra las personas que desde el 1º de enero de 1881, ocupen adultos, que no acrediten haber cursado el primer grado de instrucción, salvo que el patrón se obligue á darles tal instrucción.

No se discute hoy el derecho del estado, para imponer á los padres y tutores la obligación de dar á sus hijos ó pupilos la instrucción primaria, indispensable para todo hombre: esa obligación es tan natural como la de alimentar á los hijos; pero no creemos que pueda seriamente sostenerse, la obligación que la ley de instrucción trata de imponer, vanamente por supuesto, al anciano, al padre de familia, al jornalero, de matricularse en la escuela y concurrir asíduamente á ella, para adquirir la instrucción que no recibió en la niñez, sin duda porque la acción de la autoridad, no fué suficientemente eficaz respecto de los padres ó tutores. Puede enseñarse á los adultos, que se encuentran sometidos á una dependencia más ó menos estricta en las cuarteles, cárceles, hospicios, etc., pero no á los que no se hallan en tal condición, y apenas les basta el tiempo y la actividad para proporcionar pan á la familia.— Tal disposición legal es impracticable.

*
* *

En conformidad con el artículo 24 de la constitución, que garantiza la existencia y difusión de la instrucción primaria gratuita, el reglamento general, la ley de concejos municipales y la de descentralización

fiscal, imponen á estos la obligación de sostener escuelas de instrucción primaria. La ley de descentralización, declara que es gasto departamental obligatorio, el fomento de la instrucción primaria, en la parte que no puedan hacerlo los concejos de provincia y de distrito. La de municipalidades, obliga á los concejos de distrito á sostener una escuela de hombres y otra de mujeres cuando menos; y á los de provincia, además de las dos obligatorias que corresponden á cada distrito, cuantas fueren necesarias para propagar la instrucción primaria, y si sus rentas lo permiten, dos de tercer grado para uno y otro sexo, ó cuando menos una para varones. La ley de 8 de febrero de 1896, obliga á las municipalidades, en las capitales de departamento, á establecer cuando menos una escuela técnica de artes y oficios, debiendo abrirse en ella, de preferencia, un curso de enseñanza agrícola, en los departamentos cuyas condiciones así lo exigen.

El estado fomenta la instrucción media y superior, sosteniendo ó subvencionando colegios, universidades, escuelas facultativas, establecimientos ó sociedades, publicaciones literarias, conforme á leyes, cuyo estudio corresponde al derecho administrativo.

CAPITULO VIII

DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA

Art. 21. Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que determina la ley.

La libertad de la prensa, es el más poderoso medio de adelanto de todos los ramos de la actividad humana. Ella establece la comunicación universal de las inteligencias, salvando las distancias y los tiempos. El escritor tiene por auditorio á la humanidad entera, que se apodera de sus pensamientos, los discute, deduce sus más remotas consecuencias, y llega, por este debate secular á establecer la verdad científica.

La prensa cuotidiana, dados los medios de instantánea comunicación de que la humanidad dispone hoy, es el eco universal de la palabra de los soberanos y de los sabios; el heraldo de los sucesos, el agente solícito de los grandes intereses humanos, el motor, en fin, del adelanto de la civilización.

Bajo el aspecto político, la prensa es un verdadero poder. Es ella la que habla á los ciudadanos y forma la opinión pública, que es la fuente en donde los gobiernos representativos deben tomar sus inspiraciones; con ella, el ciudadano discute las leyes, y los acuerdos de la administración, aplaude ó censura los actos de los mandatarios, denuncia los abusos, y solicita y alcanza el apoyo de la opinión contra ellos. La prensa libre, es una poderosa garantía de la rectitud de la administra-

ción de justicia y de las libertades humanas, y cuando se la destruye quedan suprimidas todas.

***

Como derecho individual, la libertad de la prensa es la facultad de expresar el pensamiento por medio de la imprenta ú otros análogos, sin necesidad de autorización oficial.—Este derecho, es extensivo á las industrias de impresor y expendedor de libros y publicaciones en general.

El régimen de la censura, en virtud del cual sólo se permite la publicación de los escritos que obtienen el pase del censor oficial, es contrario al derecho de libertad de la expresión del pensamiento. Este derecho no nace de la ley, es anterior á ella: se dicta la ley y se erige la autoridad, precisamente para asegurar los derechos individuales: ni una ni otra pueden por consiguiente suprimirlos, y es suprimirlos hacer depender su ejercicio de la voluntad agena. Debe establecerse la represión para el abuso, pero mientras este no se presenta, la libertad debe ser respetada. Para que la libertad exista, no basta gozar de ella por la concesión graciosa de la autoridad; es preciso que su ejercicio repose sobre bases sólidas é inalterables.

La posibilidad del abuso, no justifica el desconocimiento del derecho. De toda institución, de toda libertad puede abusar el hombre, y todas las libertades, todas las instituciones deberian ser suprimidas. "Hay, sin embargo para ello, dice: Benjamín Constant, dos dificultades; y son, que en muchos casos, la supresión es imposible, y que en los demás, la privación que de la supresión resulta es un mal mayor. La supresión de la libertad de la prensa es imposible, porque estorbando la publicación de los escritos se favorece la circulación de los libelos."

La censura lejos de evitar el abuso y hacer innecesaria la represión, crea un delito artificial, el de eludirla, por medio de la publicación clandestina, delito

que hace necesario el castigo, independientemente del que merece el escrito mismo.

El juicio respecto de las doctrinas y opiniones, no concierne á la autoridad pública, que no es la depositaria infalible de la verdad, y cuya misión es extraña á ella.

"La situación del censor, agrega Constant, es contraria á la de los jueces y tribunales. Estos se felicitan de absolver; el censor sólo queda tranquilo cuando condena. Prohibir es para él, el partido más seguro: si deja pasar una frase inconveniente, se le acusa de negligencia, si raya diez que no lo merecen, se ve en él un celo excesivo, pero siempre hay disposición para dispensar el exceso de celo."

La exigencia de título al impresor ó al librero, el previo consentimiento de la autoridad para abrir imprentas ó librerias, ó para hacer publicaciones periódicas, los depósitos de dinero, y en general toda medida que deja el ejercicio de estas industrias, á la voluntad de la autoridad ó lo hace imposible para alguien, son disposiciones violatorias de este derecho. Sólo las medidas de precaución, que no impiden ese ejercicio, sino que lo acompañan á fin de que no se eluda la represión, son aceptables. Entre estas se encuentran, las que exigen que se constituya un editor responsable, que se dé aviso á la autoridad de la apertura de la imprenta, que se designe en toda publicación la imprenta que la hecho, etc., etc.

* * *

La libertad de imprenta fué declarada por decretos de octubre de 1821, por el general San Martín, en los siguientes términos:

"Todo individuo puede publicar libremente sus pensamientos sobre cualquiera materia, sin estar sujeto á ninguna prévia censura, aprobación ó revisión."

Estableciόse, además, por esos decretos, para el juzgamiento de la prensa la institución del jurado; se de-

claró la responsabilidad del impresor, librero ó vendedor por los impresos anónimos en que se incurriera en delito, y se dispuso que en toda publicación por la prensa, se expresara la imprenta y el nombre del dueño ó administrador.

La constitución del año 23, restringía el derecho de la libertad de la prensa, consignándolo entre las garantías constitucionales con esta fórmula:

"La libertad de imprenta en conformidad con la ley que la arregle."

Las constituciones posteriores prohibieron nuevamente la censura.

*
* *

El mismo congreso constituyente que dictó la constitución del año 23, expidió una ley reglamentaria de imprenta, en 12 de noviembre del mismo año, que con algunas modificaciones é interrupciones ha regido y rige hasta hoy.

El artículo primero de ella declara, que todo peruano tiene derecho de manifestar sus pensamientos por medio de la prensa, sin precedente licencia, pero el artículo segundo establece excepción, respecto "de los escritos que versen sobre libros de la santa escritura, sobre los artículos y dogmas de la religión de la república, sobre la moral religiosa y sobre la disciplina esencial de la iglesia, los cuales para imprimirse necesitan de la expresa licencia del ordinario."

La ley establece en cinco grupos los abusos de la imprenta; y son: 1º los escritos que conspiran directamente á destruir ó trastornar la religión de la república ó su constitución; 2º los que incitan á la rebelión ó perturbación de la tranquilidad pública; 3º los que incitan directa ó indirectamente á la desobediencia de la ley ó de la autoridad; 4º los obcenos ó contrarios á las buenas costumbres; y 5º los que contienen injurias personales.

Establece las notas y grados en la calificación, según la gravedad del abuso.

Consigna las penas con que deben castigarse los delitos de imprenta: consisten en prisión y multa reguladas según las notas de los impresos. Es de observarse, que al autor de un impreso obceno, cuando no puede pagar la multa, lo condena á sepultar cadáveres por cuatro meses en el campo santo.

La responsabilidad del abuso, recae en primer término sobre el autor ó editor, para cuyo efecto debe firmar el original, y en segundo lugar sobre el impresor, cuando no presenta el original firmado, ó no dá razón fija del domicilio del autor ó editor, ó no presenta persona de abono que conozca á dichos sujetos.

Las publicaciones subversivas, sediciosas, obcenas ó contrarias á las buenas costumbres producen acción popular; los fiscales tienen la obligación de denunciar todo abuso, salvo el de las injurias; y en los libelos sólo los ofendidos, ó sus parientes, según las leyes del procedimiento penal ordinario.

La ley establece la institución del jurado. Los concejos municipales, en los lugares donde haya imprenta, nombran dentro de los primeros quince días de su instalación, treinta y dos personas, que deben tener las condiciones que la constitución exije para los diputados. Están impedidos para el cargo, los que ejercen jurisdicción, las autoridades políticas, los secretarios y empleados en sus secretarías y los comandantes de fuerzas.

La denuncia se hace ante el alcalde. En cada juicio funcionan dos jurados, cada uno de siete miembros designados por la suerte. El primero declara si hay ó no lugar á formación de causa, y el segundo absuelve ó condena usando de la nota de calificación respectiva, después de las diligencias que practica el juez de primera instancia, para recojer los impresos y para la averiguación del responsable. El juez de 1ª instancia pronuncia la pena. Los detalles del procedimiento están consignados en la ley.

Crea esa ley, una junta conservadora de la libertad de imprenta, cuyas atribuciones detalla y cuyos miembros deben ser nombrados por el congreso.

Otra ley de 18 de noviembre de 1823, declara denunciables los impresos introducidos de otros estados, y que no se podrían imprimir en la república según la ley de imprenta, y dá acción popular contra ellos.

Según esa ley, si los impresos versan sobre materia religiosa, la junta conservadora los remite al ordinario para su censura y juzgamiento. Si versasen sobre otros puntos, se sigue el procedimiento de la ley de imprenta hasta la califición del impreso.

*
* *

Algunas de las diposiciones de estas leyes están derogadas.

Lo está la excepción establecida en el artículo 2, relativa á la censura de los escritos en materia religiosa. Bajo el imperio de la constitución del año 23, que no prohibía la censura, y dejaba á la ley la reglamentación del derecho de la libertad de la prensa, pudo establecerse la excepción de que nos ocupamos; pero prohibida aquella, de un modo absoluto, en las constituciones posteriores, quedó derogada tal excepción.

La pena de sepultar cadáveres tampoco está vigente desde la promulgación del código penal, porque este código dispone, que las únicas penas que pueden imponerse son las establecidas en él y entre las que establece no está la de sepultar cadáveres.

La junta conservadora tampoco existe. La constitución del año 23, daba en efecto, al congreso la atribución de elegir aquella junta, pero en las posteriores y en la que nos rige no existe tal atribución.

La ley de 18 de noviembre está también derogada, en cuanto á la denuncia de impresos sobre religión introducidos del extranjero, por estarlo la censura y la junta conservadora.

La ley reglamentaria de imprenta exige pronta y

radical reforma. Puede afirmarse á priori, que una ley dictada en el año de 1823, no está hoy en armonía con la legislación moderna que rige en la materia en los demas países. No es necesario hacer estudio minucioso de ésta, para percibir sus defectos y vacíos. Nada establece la ley respecto de los abusos de la prensa cometidos en la república contra las naciones y gobiernos extranjeros, omisión que ya ha ocasionado dificultades; tampoco determina las cualidades que deben reunir los editores de diarios y periódicos, ni las formalidades para la apertura de imprentas.

*
* *

Las imperfecciones y vacíos de la ley de imprenta, han dado lugar, á que la autoridad administrativa dicte disposiciones que menoscaban la libertad de la prensa.

Los artículos 11 y 12 del reglamento de moralidad pública y policía correccional, de 12 de octubre de 1887, que regia en todos los departamentos, contenía las siguientes disposiciones, que figuraban en el reglamento análogo del año 39.

Art. 11. Nadie podrá abrir oficina de imprenta sin licencia gratuita, por escrito, de la subprefectura, la que no se podrá negar, si el empresario presenta las garantías necesarias para responder, en los casos en que la ley imponga responsabilidad.

Art. 12. Ningun dueño de imprenta podrá mudar su administrador, traspasarla ni variar de local, sin noticia previa á la policía. El que infrinja lo dispuesto en este y en el anterior artículo, sufrirá la multa de cincuenta á quinietos soles, ó arresto de ocho á treinta días.

Si el primero de estos artículos se hubiera limitado, como lo hacia el segundo, á exigir el aviso á la autoridad de la apertura de la imprenta, no sería atentatorio de la libertad de industria y anticonstitucional. En los términos en que estaba concebido, era violatorio de

la constitución, y atentatorio de la libertad, porque la concesión de la licencia dependía del juicio, que podía ser erróneo ó malicioso de la autoridad, respecto de lo que son "garantías necesarias para responder en los casos en que la ley imponga reponsabilidad."

A mérito de esta ilegal disposición, los sub-prefectos, exigian depósitos de dinero por caprichosas sumas, para conceder licencia para la publicación de diarios y periódicos, y este hecho, motivó el decreto de 14 de julio de 1891, por el que se prohibió á los sub-prefectos exigir tales depósitos.

Escaso era el remedio, así limitado á un caso particular de los abusos, á que daba lugar ese reglamento, y como además, él contenía otras disposiciones sobre la misma materia y sobre otras, notoriamente contrarias á la constitución y á las leyes, con daño de las libertades individuales, la ley de 12 de octubre de 1893, declaró ilegal é insubsistente el reglamento mencionado.

Hoy la industria de impresor, no tiene otras limitaciones que las que resultan de la ley reglamentaria de imprenta: debe exigirse que el autor ó editor firme el original y conservar éste para exhibirlo cuando se le ordene; darse razón del domicilio del autor ó editor, ó presentar persona de abono que conozca á éste; ponerse al pié de toda impresión el nombre y apellido del editor y el lugar y año de la impresión.

Respecto de la industria de librero no hay disposiciones especiales.

CAPITULO IX

DE LA PROPIEDAD

Art. 26. La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria ó artística: á nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

Art. 27. Los descubrimientos útiles son propiedad exclusiva de sus autores, á menos que voluntariamente convengan en vender el secreto, ó que llegue el caso de expropiación forzosa. Los que sean meramente introductores de semejante especie de descubrimientos, gozarán de las mismas ventajas que los autores por el tiempo limitado que se les conceda comforme á la ley.

Art. 8.º No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción á las facultades del contribuyente, y para el servicio público.

Art. 9.º La ley determina las entradas y los gastos de la nación. De cualquiera cantidad exigida ó invertida contra el tenor expreso de ella, será responsable el que ordene la exacción ó el gasto indebido: también lo será el ejecutor, si no prueba su inculpabilidad.

Art. 7.º Los bienes de propiedad nacional sólo podran enagenarse en los casos y la forma que disponga la ley, y para los objetos que ella designe.

El derecho de propiedad comprende el de adquirir bienes materiales y el de disponer libremente de ellos. Uno y otro no tienen más límite que el derecho ageno. Mientras este no exista, no puede imponerse restricciones á las fuerzas individuales, fuentes de la propiedad, ni sujetar á medida las necesidades y aspiraciones, ya sean relativas al bienestar material, y á los

numerosos ideales del espíritu. La expansión de la vida en todas sus manifestaciones, con relación á los bienes materiales es así el inamovible fundamento de este derecho.

"El derecho de vivir, dice Belime, implica el derecho de apropiarse los medios para ello. Cuando oigo decir á los jurisconsultos que la propiedad es la obra de las leyes, desearía escucharles también, que el hombre no tiene el derecho de vivir, mientras que los legisladores no se lo hayan reconocido."

*
* *

La propiedad material está reglamentada en el código civil.

Reconocida la literaria por la constitución en la misma forma que aquella; declaradas ambas inviolables, y sujetas á la misma y única limitación de la expropiación por causa de utilidad pública, es indudable que según el sentido literal de la carta, á la propiedad literaria corresponde el atributo de la perpetuidad.

Y sin duda, en principio, la propiedad literaria es perpetua. Así lo declaró en Inglaterra la Corte del Banco del Rey, cuando no existía disposición alguna especial sobre la materia. El librero Miller, poseedor del poema. "Las Estaciones" de Thompson, que había sido objeto de una falsificación, obtuvo la declaración de esa corte concebida así: "despues de una publicación general y voluntaria de una obra, por el autor ó con su consentimiento, dicho autor tiene la propiedad perpetua exclusiva de sus obras, de tal manera, que el derecho de hacer nuevas copias solo pertenece á él y á sus sucesores, ó á aquellos á quienes él lo haya trasmitido legalmente."

Este no obstante, casi la totalidad de las legislaciones solo reconocen la propiedad, ó sea el derecho de venta en el autor, ó sus sucesores ó cesionarios por determinado tiempo. La razón de esta limitación al derecho de propiedad literaria ó artística, se encuen-

tra en la diferencia que existe entre la propiedad de las cosas materiales y la intelectual, respecto del hecho de la posesión. En la primera, es fácil excluir á los extraños de su goce; en la intelectual y artística, sólo la ley y la acción de la autoridad pueden mantener el autor ó propietario en el ejercicio del derecho de vender exclusivamente su libro ó su obra artística, y grandes son los obstáculos que se oponen á ello, obstáculos que aumentan con el tiempo y las distancias, hasta hacerlo ineficaz, sobre todo si no existen pactos internacionales. Tal es la razón principal, por la cual los legisladores creen más práctico, suspender su protección después de un periodo de tiempo, que se procura hoy hacer lo más dilatado posible.

Nuestra legislación, ha seguido el mismo uso, pero es indudable que existe contradicción entre la disposición de la carta, y la ley sobre propiedad intelectual, y si no se cree aceptable el régimen de la perpetuidad, debiera la carta haberse limitado á declarar el derecho de propiedad intelectual y artística "en la forma que determine la ley."

*
* *

Según la ley de 3 de noviembre de 1849, los autores de todo género de escritos, cartas geográficas, grabados y composiciones de música, gozarán por toda su vida el previlegio exclusivo de vender y distribuir sus obras en todo el territorio de la república, y de ceder su derecho en todo ó en parte.

Exceptúa de este privilegio, los libros y escritos que sean contrarios á la religión ó buenas costumbres, y las pinturas ó grabados que ofendan la moral pública, todos los cuales serán perseguidos conforme á las leyes.

A los herederos y cesionarios del mismo derecho, les concede hasta veinte años después de la muerte del autor, y treinta años á los propietarios legítimos de una obra póstuma.

Para comprobar la propiedad del libro ó grabado, se

debe depositar un ejemplar en la biblioteca pública donde la hubiere, y otro en el archivo de la prefectura del departamento en que se efectuase la edición, sino hubiere oposición ó contradicción de otro individuo en cuyo caso se estará al resultado del juicio. Si el autor no quisiese publicar su nombre, entregará en la prefectura un pliego cerrado y sellado que lo contenga. Las traducciones ó versiones gozan del mismo privilegio, con tal que el traductor cumpla con hacer el depósito antes indicado.

Cumplidos los términos señalados en la ley, toda obra pasa al dominio público, y cualquier ciudadano puede libremente imprimirla y venderla.

A los que publicasen ó vendiesen ediciones contrahechas en la república, se les castiga con multa y pérdida de los ejemplares en favor del propietario, y con esta pérdida, al que introdujera ó vendiese ediciones hechas en el extranjero, de obra de propiedad de algún individuo de la república.

La ley ofrece vacíos, que no presentan las leyes modernas de otros países. Nada se establece en aquella, respecto de la duración del privilegio de las obras escritas en colaboración, de las que pertenecen á personas civiles colectivas, y de las anónimas. Olvida dar protección á las obras orales, como discursos, sermones, conferencias, lecciones, etc., y á las de arte, como de la fotografía, la arquitectura, las representaciones dramáticas, la pintura, escultura, etc.; y es de advertir, que el código penal establece pena para el que representa ó hace repesentar una obra dramática, sin consentimiento de su autor, y para el que publica las invenciones agenas en ciencias y artes.

Los artículos de diarios ó revistas, y los compendios de obras científicas, generalmente están sugetos á disposiciones especiales, que nuestra ley no contiene. Así mismo, los medios y formas de trasmisión de los derecho de autor, no son idénticos á los de la propiedad material.

*
* *

No puede ponerse en duda, que la disposición constitucional del art. 27, asi como la relativa á la propiedad literaria da á los inventores la propiedad perpetua y exclusiva de los inventos. Y si alguna discusión cupiera ante los términos de la primera parte del artículo, ella quedaría resuelta en la segunda, por la cual limita á tiempo, el goce de los introductores, de las mismas ventajas que concede á los inventores sin tal limitación.

Pero no se ha entendido ni podía entenderse así la disposición constitucional, y se ha dictado la ley de 28 de enero de 1869, que reglamenta los privilegios y limita su goce á diez años.

Aún cuando en principio, las razones que apoyan la propiedad industrial, son las mismas que existían para la intelectual, las dificultades para mantener al inventor en el goce exclusivo del invento, son mayores que las que se presentan respecto del autor y del artista: se convierten en verdadera imposibilidad, y tanto más pronto, cuanto el invento es más útil á la humanidad. Este es el motivo que obliga á los legisladores, á señalar un tiempo mucho más corto que respecto de aquellos.

*
* *

La ley de 28 de enero de 1869 dispone, que todo descubrimiento ó invención, en cualquier ramo ó industria, dá á su autor ó introductor el derecho exclusivo de explotarlo en su provecho, bajo las condiciones y por el tiempo que la misma ley determina.

Considera como invenciones ó descubrimientos:

1º Los nuevos productos industriales; y

2º Los nuevos medios, ó la nueva aplicación de los ya conocidos, para obtener un resultado ó un producto industrial.

Declara la ley que no están comprendidos en el privilegio:

1º Las composiciones farmacéuticas ó remedios de cualquiera especie que sean;

2º Los planes ó combinaciones de crédito ó rentas; y

3º Los procedimientos que tengan por objeto establecer los medios conocidos, para mejorar una industria, cuyo ejercicio es libre dentro ó fuera de la república.

La duración de los privilegios ó patentes es de diez años.

Solo el privilegiado puede usar del privilegio en el tiempo de su duración. Los demás, necesitan permiso de aquel, ó que se les trasmita por convenio ó por cualquier otro medio legal. Todo ataque contra los derechos del privilegiado, constituye delito de falsificación, y es castigado con multa á favor del privilegiado y confiscación de la industria falsificada.

Castiga la ley con multa al que en anuncios, proyectos, prospectos, carteles, marcas ó estampillas, se arrogue el título de poseedor de un privilegio, sin tenerlo legalmente ó después de su terminación.

Reconoce el derecho de pedir la nulidad ó cesación del privilegio, á todas las personas que con justo título se consideren interesadas.

Finalmente, la ley establece las causas de nulidad de las patentes de privilegio, y las de la pérdida de los derechos que concede.

La ley de 3 de enero de 1896, determina los requisitos que debe llenar la solicitud de privilegio y la tramitación que se dá al pedido en el ministerio de hacienda.

*
* *

La propiedad de las marcas de fábrica, está garantizada por la ley de 17 de diciembre de 1892, que establece el registro de ellas.

Según esta ley, se registran las denominaciones de los objetos, ó del nombre de las personas, que en forma especial estén escritos, asi como los emblemas, monogramas, gravados, dibujos, sellos, viñetas, relieves

y en general cualquier signo ó distintivo, para que los productos de una fábrica ó los artículos de comercio de una clase se diferencien de los demás.

El registro de la marca, importa el reconocimiento del absoluto dominio sobre ella, y da el derecho de perseguir el uso de cualquiera otra, que directa ó indirectamente cause confusión con artículos similares de distinta procedencia.

Este derecho es trasmisible y dura diez años, pudiendo ser renovado el registro por igual tiempo. El registro se lleva en el ministerio de hacienda y comercio. La ley detalla la manera de solicitarlo, los derechos que se deben pagar, y las acciones y penas contra los usurpadores.

La propiedad sobre las marcas ó signos del fabricante ó del autor, es tan sagrada como la que se tiene sobre cosas y las obras mismas. Todo hombre es dueño exclusivo de su nombre y su fama, y la fama y el nombre son, en muchos casos, el elemento principal de la ganancia que obtiene en su trabajo, como lo son de las consideraciones sociales.

Nadie puede, pues, usar nombre ajeno ni servirse del crédito de otro en su provecho: el que lo hace comete un robo.

*
* *

El código civil de enjuiciamientos, establece las condiciones y formalidades con que se procede á la expropiación de inmuebles, por causa de utilidad pública. En resúmen son las siguientes:

La previa declaración de la utilidad que la nación ó el pueblo deben reportar de la obra;

La de la necesidad del bien que se trata de expropiar;

La indemnización previa al dueño, del valor de su propiedad, proporcionado no sólo al que realmente tiene sino á las ventajas que le produce.

Los dos extremos de la utilidad de la obra y de la

necesidad del objeto, se comprueban en un expediente administrativo, mediante operaciones periciales y los informes oportunos, y el gobierno resuelve repecto de ellos.

Notificado el dueño, si conviene en la venta, se procede á la tasación del bien por peritos y se le paga su precio, si no conviniese se sigue un juicio, cuya tramitación detalla el código.

Dispone el mismo código que "jamás se podrá tomar la propiedad privada para destinarla á obras públicas, sino en el caso de que no haya otro sitio público ó sin dueño en que pueda hacerse la obra," y que "mientras el dueño no reciba el precio, no está obligado á entregar la cosa, ni el juez lo permitirá."

Da la acción de despojo contra el gobierno, para ante la corte suprema, si es aquel el que ha violado las disposiciones legales, ó si no ha impedido la violación por sus subalternos, ó contra estos en su caso.

*
* *

El artículo 26 de la constitución no excluye de la expropiación, por razón de utilidad pública, ninguna clase de objetos.

Casi no se concibe, que en el estado normal de los pueblos, la autoridad pública tenga necesidad de ocurrir á la expropiación para proporcionarse objetos muebles. Si un tenedor de ellos no los vende, otros muchos los ofrecen y en todo caso, la administración pública, por medio de contratos celebrados con la debida oportunidad, se provee de los objetos que necesita.

En orden á la propiedad literaria y artística, es aún menos posible, que el estado tenga necesidad de hacer suyo el derecho del autor ó del artista respecto del libro ú objeto de arte.

Pero prescindiendo de este aspecto de la cuestión, se presenta una grave dificultad de caracter legal.

El código solo trata de la expropiación de inmue-

bles; no existe ninguna ley que regle la de los muebles y la de los objetos que constituyen la propiedad literaria y artística.

La expropiación en general, está autorizada, es cierto por el artículo 26 de la carta, pero *por causa de utilidad pública probada legalmente*: parece que es necesario por lo mismo, para que pueda realizarse, que la ley determine la manera de alcanzar esa prueba, como lo hace respecto de la expropiación de inmuebles.

Esta dificultad no existe solo en nuestro derecho.

El artículo 11 de la constitución de Bélgica dice: "Nadie puede ser privado de su propiedad, sino por causa de utilidad pública, en los casos, y de la manera establecida por la ley, y mediante una junta y previa indemnización." Thonissen comentando este artículo dice: "La corte de casación de Francia ha decidido que no existe ninguna ley que autorice la expropiación de la propiedad literaria. Creemos que la misma decisión debe ser seguida en Bélgica. El poder legislativo podría, incuestionablemente, extender el principio de la expropiación pública á la propiedad literaria; pero mientras no use de este derecho, es necesario admitir que las leyes expedidas sólo se refieren á la expropiación de inmuebles."

Esta opinión no es, sin embargo, totalmente aplicable á nuestro derecho, porque la constitución belga reserva á la ley, la determinación de los casos y de la manera de proceder, mientras que la nuestra sólo exige la prueba legal y la indemnización justipreciada, condiciones que pueden llenarse conforme á las disposiciones generales del procedimiento.

El artículo 27 autoriza, también la expropiación respecto de los privilegios industriales, pero ninguna ley regla la manera de verificarla. Son, pues, aplicables á esta expropiación las consideraciones que acabamos de expresar.

*
* *

La privación de propiedad por causa de penalidad, ha desaparecido, casi, de las legislaciones modernas. Desde la constitución del año 23, se prohibió entre nosotros la pena de confiscación, y nuestro código penal no la establece.

La de multa, y la pérdida para el delincuente de los objetos que constituyen el cuerpo del delito, de los que sirvieron para su ejecución y de los productos que obtuvo del crímen, son las únicas penas relativas á la propiedad.

*
* *

Los impuestos constituyen la principal limitación de la propiedad, por razón de necesidad pública.

La debida repartición de ellos, está garantizada por el artículo 8 de la constitución. Además la ley orgánica del presupuesto, de 18 de noviembre de 1892, dispone que: "No es obligatorio pagar otras contribuciones que las establecidas por la ley."

Las principales contribuciones existentes son:

La de predios rústicos y urbanos. Las leyes de 20 de mayo de 1879 y 23 de agosto de 1892, fijan esta contribución en el cinco por ciento de la renta líquida y determinan la manera de comprobarla;

La industrial y de patentes. Es también el cinco por ciento sobre el producto de toda industria ó capital, que rinde más de doscientos soles al año. Leyes de 20 de mayo de 1879 y 25 de octubre de 1892.

La de la renta del capital movible. Es, así mismo, el cinco por ciento sobre toda renta anual de trescientos ó más soles, y después de deducido el veinte por ciento de una renta. Leyes de 20 de mayo de 1879 y 13 de noviembre de 1888.

La eclesiástica, ó sea el cinco por ciento sobre la renta de los beneficios curados ó simples, que no sean rentados por el estado, siempre que produzcan doscientos ó más soles al año. Reglamento de 20 de diciembre de 1886.

Además existen:

Las de importación de mercaderías extrangeras por los puertos abiertos al comercio y las de almacenaje, muellaje etc., con las excepciones que establece la ley de 31 de diciembre de 1888, y con arreglo á las tarifas de aduanas;

Las de timbres y registros de escrituras públicas, alcabalas, y enagenaciones, herencias, legados, donaciones; y

Las de consumo, sobre los alcoholes, tabacos y naipes;

Las del papel sellado, papel de aduanas y papel de multas.

La de minas, que es de quince soles al semestre por cada cuadratura ó pertenencia conforme á las leyes de 12 ne enero de 1877 y 8 de noviembre de 1890.

El principio de la proporcionalidad de los impuestos con las facultades del contribuyente, sólo puede tener aplicación respecto de los directos.

*
* *

Las garantías que la constitución, en sus artículos 7º y 9º, y las leyes, establecen para la exacta administración de las rentas públicas y de los bienes nacionales lo son, sin duda, para la propiedad de los contribuyentes.

Debemos observar, que la segunda parte del artículo 9, es de orden penal, y no debe figurar en la carta. El código penal prevee y castiga las exacciones y malversaciones de los fondos públicos.

Los códigos civiles establecen las disposiciones convenientes sobre la enagenación de los bienes nacionales.

Todas las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, de noviembre de 1892, tienen por objeto garantizar la exacta administración de las rentas públicas.

CAPITULO X

DE LA LIBERTAD DEL TRABAJO

Art. 23. Puede ejercerse libremente todo oficio, industria ó profesión, que no se oponga á la moral, á la salud, ni á la seguridad pública.

Los términos generales en que está concebida esta disposición, dejan ancho campo, no sólo al legislador sino á las autoridades administrativas, para dictar medidas que menoscaben la libertad individual. La constitución no puede descender á detalles de reglamentación, pero debe, como lo hemos dicho repetidas veces, dar sólo á la ley el poder de limitar esa libertad, y establecer además, preceptos generales que limiten ese poder. Así como en materia de imprenta prohibe la censura, tratando de la libertad del trabajo, debe prohibir los monopolios ó estancos, los impuestos excepcionales, etc., etc. Si la ley, subordinada así á preceptos generales es precisa y previsora, la esfera de acción de la autoridad quedará bien determinada, y la libertad de industria no estará expuesta á la arbitrariedad.

*
* *

Las restricciones á la libertad del trabajo son de dos órdenes: por las unas, se exige comprobación de aptitud para el ejercicio de las profesiones ú oficios, y por las otras se reglamenta ese ejercicio.

Las primeras, en general, son injustas. No nos referimos á la posesión de la capacidad civil, que las le-

yes, y especialmente los códigos, exigen para ejercer algunas profesiones ú oficios, como la abogacía, el comercio, la minería, para las cuales se necesita la mayoría legal. Esta exigencia es necesaria, porque tales profesiones ú oficios, además de su carácter de derechos públicos, caen bajo la competencia del derecho civil, por que consisten en la practica de actos y contratos, fuentes de derechos y obligaciones civiles, que suponen en quien los adquiere ó asume la capacidad civil.

Así respecto del comercio, el código de la materia declara que pueden ejercerlo, los que tienen capacidad para contratar, conforme á las leyes comunes; que los menores de veintiun años pueden ejercerlo, siempre que hayan sido emancipados y tengan peculio propio, y que la mujer casada puede ejercerlo con autorización del marido ó sin ella, estando separada legalmente de su habitación; y designa en seguida á los impedidos para comerciar por incompatibilidad de estado, y por tacha legal.

*
* *

El ejercicio de algunas profesiones liberales, como la enseñanza, la abogacía, y la medicina en sus diversas aplicaciones, requiere, según nuestras leyes, la comprobación prévia de la capacidad.

Ya nos hemos ocupado de la enseñanza.

Para el ejercicio de la abogacía, es necesario ser recibido en alguna de las cortes de la república, ante la cual se rinde el exámen respectivo, prévia la certificación de haber hecho la practica, y á la cual son admitidos los bachilleres en derecho.

Para el de cualquiera de los ramos de la medicina, inclusive la farmacia, es necesario, según la ley de 28 de noviembre de 1888, obtener el correspondiente diploma de la facultad de medicina de Lima, prévios los exámenes y formalidades que prescribe el reglamento de esa facultad. Esta, se encuentra autorizada por la ley especial de 13 de noviembre de 1890, para permi-

tir el ejercicio de la profesión, sin tales requisitos, á todo médico que, á su juicio, sea una notabilidad científica.

Es necesario convenir en que la prohibición del ejercicio de estas profesiones, á los que no poseen título legal, se refiere al ejercicio público. No puede entenderse respecto de los actos privados ó íntimos, por que no habría posibilidad para hacerla eficaz, y por que todo intento, en tal sentido, sería violatorio de la inviolabilidad del domicilio. En cuanto á la medicina ¿cómo impedir á un particular que solicite de otro, á quién cree competente, un régimen curativo, ó una medicina? En todas partes en donde, como entre nosotros, no es libre el ejercicio de estas profesiones, existen, y no es posible impedirlo, médicos ó empíricos que curan privadamente y que son y no pueden dejar de ser tolerados.

Respecto de la abogacía, es la defensa oficial ó pública ante los tribunales, lo que la ley prohibe, porque es lo único que puede prohibirse.

*
* *

El reglamento de comercio y aduanas, y las muchas leyes y decretos que modifican y amplían su disposiciones, tienen por objeto la percepción de los derechos con que están gravadas las mercaderías que se importan al país, los buques que las conducen, el uso de los muelles fiscales, etc., etc. Con ese propósito, se designan los puertos por los cuales es permitido el comercio marítimo, se detalla la manera de hacer la descarga, la carga, el reembarco, el trasbordo, el despacho en las aduanas; se especifican los artículos afectos á derechos, los que no lo están, los que son de tráfico prohibido y la organización de las aduanas y resguardos.

Es indudable que los impuestos de aduanas y los conexionados con ellos, y las disposiciones dictadas para hacerlos efectivos, son restricciones al comercio;

pero tales impuestos constituyen en todos los países, una renta fiscal de la que no es posible prescindir.

Necesario es, por lo mismo, conciliar de la mejor manera, el interés fiscal con el individual y proceder con suma reflexión en tan delicado asunto.

Las demás leyes y disposiciones relativas á la recaudación de los otros impuestos, son igualmente, por su objeto, restrictivos de la libertad del trabajo.

No solamente el interés fiscal relativo á la precepción de los impuestos, sino otros intereses de orden público, exigen leyes y disposiciones que limitan la libertad de la industria. Pocas son las de caracter general que existen entre nosotros, y su estudio detallado corresponde al derecho administrativo.

*
* *

Entre las restricciones, no siempre justificadas, á que está sujeta en el Perú la libertad de la industria, señalaremos:

1º Los estancos.—El opio es artículo estancado. Por ley de 25 de octubre de 1887, la importación y venta de este artículo, se hacen cxclusivamente por cuenta del estado. El supremo decreto de 16 de marzo de 1891 reglamenta este estanco.

La sal también ha sido estancada, por ley de 11 de enero de 1896, y en consecuencia, su importación, exportación y venta, sólo se hacen por el estado. Han dejado de ser denunciables las minas, yacimientos, criaderos y pozos de agua salada en todo el territorio.

2º Los privilegios.—La marina mercante nacional goza del privilegio del comercio de cabotaje.

Este monopolio daña principalmente á los comerciantes, á quienes se priva de los provechosos resultados de la concurrencia en el comercio marítimo.

Transitoriamente, se ha autorizado á los buques extranjeros para que hagan este comercio con ciertas condiciones, y entre ellas, la de la matriculación, de los de vela, en la comandancia general de marina.

Existen algunos privilegios concedidos á las empresas de ferrocarriles, muelles, etc.

3º Derechos prohibitivos.—La más injusta y perjudicial de las restricciones á la libertad del trabajo, es la que se establece, mediante la imposición de fuertes derechos de importación, á ciertos artículos extranjeros, para impedir ó dificultar su introducción en el país, y protejer así, según se dice, la producción de los similares nacionales. Entre nosotros existen gravados con estos derechos, el arroz, la manteca, el trigo, la harina y la cerveza.

4º Los impuestos locales.—Numerosas leyes existen entre nosotros, que gravan diversos ramos de la industria y del comercio en favor de las localidades. Tales impuestos, establecen la desigualdad entre los vecinos que las soportan y los demás, y respecto de los industriales, que en los otros puntos del territorio no están sujetos á ellos.

*
* *

Causa constante de restricciones á la libertad del trabajo, ha sido y es entre nosotros, la imperfección de las leyes orgánicas de municipalidades, generalmente, deficientes y vagas. Así, en la que hoy rige, se consigna entre las atribuciones de los concejos provinciales, la de "votar anualmente los árbitrios municipales, que deban cobrarse en el territorio de su jurisdicción, sin que los nuevamente impuestos, ó los aumentos sobre los anteriores, puedan hacerse efectivos, antes de ser aprobados por el gobierno, previo informe de la junta departamental," y la única limitación que se establece, á este respecto, es la de que "los concejos no pueden imponer en su respectivo territorio, derechos de tránsito ó de extracción á los productos que se consumen en otros," de donde se deduce, que pueden imponer esos derechos á los que se consumen en su distrito.

Muchas leyes se han dictado en el Perú, relativas á

los arbitrios ó impuestros municipales; unas exijían la sanción legislativa para su implantación, otras no la requerían, y la actual de municipalidades, como acabamos de ver, da en último término al gobierno la facultad de imponerlos. Sobre esta ley y encima de todas las opiniones, está el artículo 8 de la constitución, que declara que "no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de la ley."

El mal en esta materia proviene, de que tanto la ley como las autoridades que la aplican, dan á la palabra arbitrio municipal, una significación que no le corresponde. Las municipalidades hacen ó deben hacer los servicios locales de aseo, ornato, mercados, mataderos, conservación de la vía pública, etc., estos servicios deben ser pagados por los vecinos que aprovechan de ellos, y la ley debe autorizar á las municipalidades para formar las respectivas tarifas, cuya sanción definitiva corresponde á la administración. Los fondos provenientes de estos servicios, constituyen la renta natural de las municipalidades y ellas son los arbitrios municipales. No son fondos de esta especie, no son arbitrios, y no entran en la competencia de las municipalidades, sino de la ley, todos los impuestos que no son el pago de un servicio local.

Con la misma vaguedad la ley de municipalidades da á los concejos la facultad de "reglamentar, administrar é inspeccionar los servicios de las poblaciones de su jurisdicción, relativos: al aseo y á la salubridad, pudiendo prescribir con tal objeto, las reglas que deben observarse en los establecimientos y domicilios particulares, é impedir la venta de licores ó medicamentos de mala calidad; al fomento de las sociedades ó empresas que tengan por objeto el progreso de las ciencias y el de las artes industriales y liberales de la provincia; al servicio de los carruajes públicos, tranvías y otros medios de locomoción; á los espectáculos públicos; y á la policía municipal."

Según estas disposiciones, el poder reglamentario de las municipalidades no tiene límites. No hay interés

que no se relacione ó con el aseo y salubridad, ó con las ciencias y artes industriales ó liberales; ó con la policía municipal. Es por esto que, en uso de ese poder ilimitado, es excesivo el número de ordenanzas municipales, que crean y reglamentan gremios de oficios, que sujetan á inspección y comiso las mercaderías y comestibles, que establecen la dirección absoluta de los espectáculos públicos, etc., etc., reglamentación, en gran parte, opuesta á la constitución y atentatoria de la libertad del trabajo.

No condenamos el poder reglamentario de la administración general y local: lo inaceptable, es la ilimitación de ese poder, ocasionado por la deficiencia y la vaguedad de la ley.

CAPITULO XI

ASOCIACIÓN Y REUNIÓN

Art. 29. Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público ó en privado, sin comprometer el orden público.

La asociación es para el hombre una necesidad imperiosa y un medio poderoso de bienestar y de adelanto. Independientemente de las sociedades naturales, la familia y el estado, que reciben sus leyes sustanciales, no de la voluntad del hombre sino de la naturaleza, las sociedades particulares ó voluntarias, destinadas á la perfecta realización de los fines impuestos á la actividad humana, tienen su razón de existencia en el vehemente deseo de la unión, que anima al hombre, y en la necesidad de esa unión, que suple la dificiencia de las fuerzas individuales, mutiplicándolas indefinidamente.

La asociación, es así, la forma de realización de todos los fines, y el medio indispensable para el ejercicio de todas las libertades.

***

Es notable la uniformidad con que las constituciones declaran, que el derecho de asociarse no está sujeto á autorización ni medidas preventivas.

La constitución de Grecia dice:

"Los helenos tienen derecho de asociarse con arre-

glo á las leyes del estado, las cuales nunca podrán someter este derecho á una prévia autorización."

La de Servia dice:

"Los servios tienen derecho de asociarse para todos los fines que no sean contrarios á la ley. Este derecho, no está sometido á ninguna medida preventiva."

La de Bélgica:

"Los belgas tienen el derecho de asociarse; este derecho no puede someterse á medida alguna preventiva."

La razón de está declaración uniforme está, en que la formación de asociaciones, independientemente de los actos que se proponen practicar, es un hecho que corresponde al dominio de la vida individual, extraño á la autoridad, mientras no haya principio de delincuencia.

Los actos que la asociación practique caen bajo el imperio de las leyes, las cuales establecen respecto de muchos, medidas de prevención: pero tales medidas se dictan en consideración al acto mismo, cualesquiera que sea quien lo practique, ya sea un individuo ya una asociación: la ley no tiene por lo mismo, para qué preocuparse preventivamente de esta, puesto que reglamenta los actos.

*
* *

La garantia relativa á la libertad de asociación, no existió en ninguna de las constituciones anteriores á la del año 56. Fué esta, la que la consignó por primera vez, en los mismos términos en que ha pasado á la actual.

No es posible dudar, que la constitución del 56, y la actual, dan á la voz ciudadanos empleada en este artículo, la acepción lata de nacionales, y nó el restringido de los que ejercen los derechos políticos. La facultad de asociarse en un derecho natural, y no simplemente un derecho político, y es imposible desconocerle aquel caracter.

Además, el artículo 37 de la constitución dice: "Son

ciudadanos *en ejercicio*, los peruanos mayores de veintiun años y los casados aunque no hayan llegado á dicha edad" y esta definición supone, que existen ciudadanos que no están en ejercicio de los derechos políticos, ó lo que es lo mismo, que la voz ciudadano puede tomarse en el sentido lato de nacional. Así las mugeres, los menores, los incapaces pueden formar sociedades civiles, representadas debidamente.

Parece que la constitución, en este artículo 29, confundiera la asociación con la reunión, ó sea con el hecho material de congregarse varias ó muchas personas en un lugar determinado, así lo hacen suponer las palabras "pacíficamente," y "en público ó en privado" que emplea, y la omisión que existe en ella, respecto del derecho de reunirse; pero esta confusión es errónea.

Asociación no es reunión: pueden asociarse personas que residen en diversos lugares, y que no se reunen nunca, y al contrario, puede no haber ningún lazo social entres muchas personas que se juntan en lugar y momento determinados.

Además de esta confusión de conceptos, la fórmula empleada por la carta adolece del mismo defecto que existe en la que consigna la libertad de industria. No es necesario, en efecto, declarar que el ejercicio del derecho se extiende hasta donde no se comprometa el órden público: esta es una verdad elemental de órden teórico, que no merece ser consignada en la carta. Por otra parte, esta fórmula, en la cual no se expresa quien juzga de lo que es ó no contrario al órden público, dá lugar, como lo hicimos notar al hablar de la libertad de industria, á que toda autoridad administrativa se juzgue competente para dictar disposiciones restrictivas de la libertad, en guarda de lo que, á su juicio, sea reclamado por el órden público. La constitución debe siempre referirse á la ley y consignar además, reglas generales para evitar la ilimitación del poder del legislador.

*
* *

Las asociaciones por el sólo hecho de su formación no adquieren el carácter de personas civiles.

La capacidad civil debe ser declarada por la ley á los seres individuales ó colectivos que reunen determinadas condiciones. Algunas legislaciones, exigen una resolución especial del legislador para que la asociación adquiera la capacidad civil; otras, y son en mayor número, establecen en los códigos los requisitos que deben llenar las asociaciones, para alcanzar esa capacidad, entre esas condiciones se fijan, la organización interior y la inscripción en un registro especial.

Nuestras leyes sólo reconocen las compañias comerciales ó civiles, con el fin económico de obtener ganancias. Estas son formadas con arreglo á los respectivos códigos, pero nada se establece respecto de las asociaciones de otras especies, como literarias, artísticas, políticas, de entretenimiento, etc., etc. ¿Son ó no estas asociaciones personas civiles y, en consecuencia, pueden ó no adquirir y disponer y representar en juicio? Los que contratan por éstas obligan á los socios, ó solo ellos quedan personalmente obligados? Nada se dispone sobre estos importantes puntos, y es este un vacío de nuestra legislación, que forma contraste con el empeño con que los últimos códigos, reglan esta importante materia.

*
* *

Nuestra constitución ha olvidado declarar, de manera especial, el derecho de reunión que es, como ya hemos indicado, distinto del de asociación. El acto de congregarse en un lugar dado, un número determinado ó no de personas, con ó sin vínculos sociales entre sí, es sin duda, una manifestación de la libertad relativa á la vida externa.

Los abusos en que se ha incurrido y se incurre en el ejercicio de este derecho, sobre todo, en las épocas de las grandes agitaciones sociales y políticas, lo han hecho objeto de recelo de parte del poder, y por eso se le ha negado ó restringido notablemente.

La constitución belga y otras, establecen sustancialmente las siguientes prescripciones:

No es necesaria autorización previa para reunirse pacíficamente y sin armas, en lugar privado ó en que el pueblo no tiene acceso. La autoridad no puede asistir á tales reuniones;

Las reuniones en lugares abiertos para el público, como cafés, casinos, teatros etc., están sujetas á la reglamentación de la autoridad, para el efecto de la conservación del órden y de la decencia. La autoridad tiene acceso á ellas.

Las reuniones al aire libre, quedan enteramente sujetas á la acción de la autoridad, la cual puede impedirlas en la vía pública y dispersarlas por motivo de desórden.

Según nuestra ley de municipalidades, es atribución de los concejos provinciales reglamentar y presidir las diversiones públicas.

CAPITULO XII

DERECHO DE PETICIÓN

Art. 30. El derecho de petición puede ejercerse individual ó colectivamente.

La autoridad pública y las leyes, existen para asegurar los derechos de los individuos y los de la colectividad, pero tal protección no se obtendría, ó sería en muchos casos ineficaz ó tardía, sino existiera la facultad de ocurrir á las autoridades exponiendo la necesidad de una decisión y solicitándola. El derecho de petición es, así, complemento de todos los derechos.

*
* *

Las constituciones anteriores á la del año 56, prohibían las peticiones en nombre colectivo. Así la del año 23, consignaba entre las garantías constitucionales:

"El derecho *individual* de presentar peticiones ó recursos al congreso ó al gobierno."

Las de los años 28, 34 y 39 eran más explícitas, decían:

"Todo ciudadano tiene el derecho de presentar peticiones al congreso ó al poder ejecutivo, con tal que sean suscritas individualmente. Solo á los cuerpos legalmente constituidos, es permitido presentar peticiones firmadas colectivamente, para objetos que estén en sus atribuciones."

Esta fórmula fué tomada con una modificación, de la constitución francesa del año de 1795 que decía:

"Todos los ciudadanos son libres para dirigir peticiones á las autoridades públicas; pero ellas deben ser individuales: ninguna asociación puede presentarlas colectivas, salvo las autoridades constituidas, y solamente para objetos propios de sus atribuciones."

Esta restricción al derecho de petición, tenía en Francia una explicación histórica. En la época de la gran revolución francesa, como en la de Inglaterra de 1640, se llevó al exceso el derecho de petición. Las multitudes se precipitaban en tumulto, en la barra de las asambleas para dictarles las medidas que la pasión popular exigía. Vino de allí la necesidad de reglamentar este derecho. En Inglaterra, se prohibió que las peticiones fueran presentadas por más de diez personas, y en Francia se prohibió que los peticionarios se presentaran en la barra, y se les remitió al comité de relaciones. Otras restricciones se adoptaron: en la carta de 1795 se prohibían las peticiones colectivas, y en la de 1814 se dispuso que: "toda petición á una ú otra cámara debe ser presentada por escrito: la ley prohibe llevarla en persona á la barra."

Nuestra carta de 1856, abolió la restricción relativa á las peticiones en nombre colectivo, que no tenía en el Perú explicación alguna, y declaró que: "Todos pueden ejercer el derecho de petición individual ó colectivamente."

*
* *

Reconocido en nuestra constitución el derecho de las asociaciones en general, para presentar peticiones con su nombre colectivo, se presentan algunas dificultades, proveniente de la falta de disposiciones relativas á la adquisición del caracter de persona civil de tales asociaciones. A parte de las corporaciones oficiales ó públicas, y de las compañías económicas, comerciales ó civiles, las leyes no reconocen otras, ó al menos nada

establecen respecto de su caracter de personas civiles. Las peticiones que dirijen los directores de tales asociaciones se reputan hechas por todos los asociados? los efectos de esas peticiones se extienden é todos, aún á los que han sido opuestos á su presentación? y lo que es más radical aún, puede acogerce la petición de una colectividad que no es persona civil? Dificultades son estas que solo desaparecerán, cuando se llene el vacío del código civil sobre esta materia.

*
* *

Las peticiones que tienen por objeto un derecho privado, lastimado ó disputado por otra persona, son las demandas judiciales de las que se ocupan las leyes del procedimiento civil ó penal. Ellas constituyen el derecho civil de petición, que se ejerce ante el poder judicial.

Las peticiones que tienen por objeto un derecho político, son de orden político, y sólo los peruanos que gozan del ejercicio de esos derechos pueden hacerlas.

Las que se refieren á los derechos ó intereses que son materia de los derechos públicos, que hemos estudiado ya, constituyen el derecho público de petición inherente á todas las personas.

CAPITULO XIII

FÓRMULA GENERAL DE LA LIBERTAD

Art. 14. Nadie está obligado á hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe.

Art. 15. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo.

Art. 36. Todo peruano está obligado á servir á la República con su persona y sus bienes, del modo y en la proporción que señalen las leyes.

La fórmula más amplia con que las constituciones garantizan las libertades individuales, es la que contiene el reconocimiento del derecho de hacer todo lo que la ley no prohibe y omitir la que no ordena. Ya sabemos, que la ley puede y debe limitar la libertad individual, para conciliarla con el derecho ageno, y esa limitación se traduce en mandatos y prohibiciones. Pero es necesario, para que cada uno conozca su esfera de acción, que tales mandatos y prohibiciones esten claramente expresados. No es posible dejar al juicio apasionado ó erroneo de cada uno, lo que debe hacer y omitir: tampoco puede quedar esa apreciación á la voluntad discrecional y variable de la autoridad. El órden social y los fueros de la libertad, exigen reglas fijas y permanentes y estas, sólo la ley puede establecerlas. La libertad es la regla, las restricciones que se le imponen son la excepción, la cual debe ser igual y precisa.

Pero no basta tener el derecho de hacer y de omitir todo aquello que la ley no prohibe ú ordena: es ne-

cesario que lo que se hace ú omite, en uso de ese derecho, no sea destruido por una ley nueva.

Faltaría toda garantia para los derechos, todo interes seria inseguro, si un orden de cosas pasado con arreglo á la ley, pudiera ser trastornado ó destruido por otra ley. De aquí que el principio de la no retroactividad de la ley, es la más firme salvaguardia de la libertad.

Los artículos 14, 15 y 36 son los que contienen la aplicación de estos conceptos.

*
* *

Determinar el punto hasta donde puede ir la ley, en la imposición de restricciones á la libertad, que se traducen siempre por mandatos de hacer ó de omitir, es el más complejo y difícil de los problemas que la ciencia constitucional debe resolver; y puede decirse, que su solución es todo el objeto de esta ciencia.

El individuo no puede ejercer sus derechos y gozar en consecuencia, de los bienes que ese ejercicio proporciona, sino mediante la protección eficaz y constante que la sociedad le presta. La vida social es, por otra parte, necesaria é irremunerable. Pero si para que esta exista, es indispensable que el individuo protegido, ceda en bien de todos, parte de los beneficios que alcanza, es indudable que las restricciones que se le imponen, en la forma de obligaciones, estan fundadas en la manera de ser de su existencia.

De aquí se deduce esta regla. "La sociedad puede restringir la libertad individual, en la medida de la necesidad de la conservación de la sociedad, pero sin exigir en sacrificio más de la que ofrece en protección."

Esta regla nos separa, sin duda, de la escuela socialista, que da al estado la misión de hacer lo útil y lo bueno, dirigiendo la vida individual. Esa teoría dá al estado un fin propio, que es según Blunstchli "el desenvolvimiento de las facultades de la nación, el perfeccionamiento de su vida, por una marcha progresiva, que

no la ponga en contradicción con el destino de la humanidad y que respete el deber moral y político."

Pero no puede negarse, que en la misión del estado, entra una función de *cooperación indispensable* para la realización del fin individual y común.

La tercera función del estado dice Adam Smith, "es erigir y mantener aquellos establecimientos útiles al público, que el interes individual no crea y mantiene por su cuenta, por que los gastos que ocasionan sobrepasan á los rendimientos."

Cousin dice: "Hay hechos legítimos y aún universalmente admitidos, que no se explican, si se reduce la misión del gobierno sólo á la protección de los derechos. El gobierno, debe á los ciudadanos, pero en cierta medida, velar por su bienestar, desenvolver su inteligencia, fortificar su moralidad."

"La iniciativa individual, dice Laveleye, debe ser la regla, la intervención del estado, la excepción. Para justificar esta, son necesarias dos condiciones: primera que se trate de un interes público esencial; segunda, que los particulares no atiendan á los servicios que ese interes exige."

"La función esencial y permanente del estado es la proclamación y el mantenimiento del derecho. El estado es, como lo ha dicho Quesnay, "la fuerza puesta al servicio de la justicia." Su función transitoria, pero no menos importante es favorecer el progreso de la civilización."

"El estado es, ante todo, el juez y el gendarme. Pero es también el constructor de caminos y el maestro de escuela."

CAPITULO XIV

DERECHOS PÚBLICOS DE LOS EXTRANJEROS

Art. 28. Todo extranjero podrá adquirir, conforme á las leyes, propiedad territorial en la República, quedando en todo lo concerniente á dicha propiedad, sujeto á las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano.

Los estados, por el hecho de abrir su territorio á los extranjeros, y esto es para todos un gran interés de civilización y de progreso, se imponen la obligación de justicia extricta, de reconocer en ellos los derechos inherentes á la persona humana y prestarles protección. Esta, según la racional tendencia del derecho moderno, debe ser, en cuanto cabe en lo posible, tan ámplia y eficaz como la que se presta á los nacionales.

El reconocimiento y protección de los derechos de los extranjeros, no pueden ni deben estar comprendidos en las fórmulas que las constituciones emplean, para reconocer y garantizar los derechos de sus nacionales, y en efecto, no los comprenden, por muy generales y absolutos que sean los términos con que esas fórmulas están redactadas. Las razones de esta exclusión son poderosas.

Por grande que sea la conveniencia que resulta, de conceder á los extranjeros una protección tan amplia y efectiva como la que se presta á los nacionales, existe y existirá siempre la necesidad de establecer diferencias, por pequeñas que ellas sean, en cuanto á la extensión y á la forma de la garantía. Mientras ha-

yan fronteras territoriales, habran fronteras jurídicas, y no es posible que un estado preste á los nacionales de otro, mayor protección que la que éste ofrece á los de aquel: la reciprocidad, no puede dejar de ser tomada en consideración en las relaciones internacionales. Pero las fórmulas constitucionales que declaran los derechos no pueden consignar diferencias: deben ser unas, uniformes, para conservar su caracter de principios de justicia y de estabilidad.

Además, las conveniencias de los pueblos exigen con frecuencia, la celebración de tratados internacionales, en los que se conceden especiales franquicias al comercio y á los nacionales de determinados estados. No son, de otro lado, poco repetidas las rupturas de las relaciones amistosas entre las naciones, y en ese estado, como en el de guerra que puede sobrevenir, el trato á los nacionales del estado enemigo tiene necesariamente que modificarse, al menos mientras se restablece la paz. Los estados no podrían celebrar tales tratados, ni dictar las medidas que la ruptura de relaciones y el estado de guerra exigen, ante las fórmulas inflexibles y permanentes de la constitución.

Es por esto que casi todas las constituciones, contienen una fórmula especial, declarativa de los derechos de los extranjeros, en la cual se refieren á las leyes para la determinación de la amplitud y de la forma de la garantía. Así la de Bélgica, en el título de las "Disposiciones Generales" diverso del que declara los derechos de los belgas, contiene este artículo: " Todo extranjero que se encuentre en el territorio de " la Bélgica, goza de la protección concedida á las " personas y á los bienes, salvo las excepciones de- " terminadas por la ley." La de Servia dice: " Los " extranjeros residentes en la Servia, estarán bajo la " protección de las leyes servias en cuanto á sus per- " sonas é intereses, quedando sujetos al pago de im- " puestos y demás cargos que redunden en beneficio " del estado y del municipio, á no ser que de ellos se " hallen exentos á consecuencia de tratados interna-

" cionales." Análogas disposiciones contienen todas las constituciones.

Resulta de aquí, que las leyes y tratados internacionales, son los que real y efectivamente determinan los derechos públicos de que gozan los extranjeros en el territorio, y la amplitud y forma de garantía de esos derechos, con independencia de las fórmulas constitucionales, en las cuales no se habla expresamente de ellos. Por eso los tratados y las leyes, pueden establecer respecto de los extranjeros restricciones que, aplicadas á los nacionales, serían infractorias de la constitución. Dedúcese además, que siempre que no haya leyes ó tratados especiales, que restrinjan los derechos de los extranjeros, deben aplicarse á éstos las declaraciones constitucionales, con toda la amplitud con que son aplicadas á los nacionales, no porque ellos los comprendan, sino como consecuencia del principio moderno, que exije su más amplia protección, identificándolos, en cuanto sea posible, á los nacionales.

*
* *

En 17 de octubre de 1821, el general San Martín dictó un decreto declarativo de los derechos de los extranjeros residentes en el país, en el cual se les reconocía "los mismos derechos de los ciudadanos, á la protección del gobierno y de las leyes, ante las cuales no hay distinción de personas" y se declaraba que quedaban sujetos á las leyes del país, á las órdenes del gobierno, y á las cargas y contribuciones de los demás habitantes.

En las constituciones anteriores á la del año 39, nada se establecía respecto de los derechos de los extranjeros. Fué en esta, en la que se consignó la siguiente disposición: "Los extranjeros gozarán de los derechos civiles al igual de los peruanos, con tal que se sometan á las mismas cargas y pensiones que éstos." Esta disposición, en la cual bajo el nombre de derechos civiles, se comprendían todos los derechos

naturales, era de alta conveniencia, no obstante el defecto de no referirse á las leyes.

En la del año 56, se omitió toda declaración á este respecto, y el mismo vacío existe en la del año 60 que nos rige, pues la disposición que en una y otra se consignó, respecto de la adquisición de inmuebles por los extranjeros, es especial para este objeto.

De todos modos, el reconocimiento de los derechos naturales de los extranjeros, hecho por el decreto dictatorial del año 21, y ratificado en la carta del año 39, es, pues, precepto de nuestro derecho positivo, permanentemente consagrado por nuestros usos, y reiterado en numerosas leyes y tratados, ya liberales ó restrictivos, respecto de los extranjeros y cuyo estudio detallado creemos innecesario.

Hoy este principio está consignado en el artículo 33 del código civil que dice:

"Los extranjeros gozan en el Perú, de todos los derechos concernientes á la seguridad de su persona y de sus bienes y á la libre administración de éstos." Esta disposición, es la fórmula de la declaración general de los derechos públicos de los extranjeros, que debiera por lo mismo, estar contenida en la constitución, como lo está en la de Bélgica en términos casi idénticos, con la frase complementaria é indispensable de "salvas las excepciones contenidas en las leyes."

Esta declaración del código civil, dado su caracter de ley ordinaria, no impide en consecuencia al legislador, dictar leyes y sancionar tratados internacionales, que amplíen ó restrinjan los derechos públicos de los extranjeros.

El mismo código en el artículo siguiente establece que "El comercio de los extranjeros, dependerá de los tratados con sus respectivas naciones y de las leyes y reglamentos especiales."

Resulta de lo expuesto, que para determinar con precisión los derechos públicos de que gozan los extranjeros, basta investigar las restricciones especiales á que están sometidos, y siempre que éstas no existan, goza-

rán de esos derechos con tanta amplitud como los nacionales y á la sombra de idénticas garantías.

*
* *

El único derecho que no corresponde á los extranjeros con la misma extensión que á los nacionales, es el de permanencia en el territorio, derecho reconocido á los peruanos en el artículo 20 de la constitución.

Ninguna duda se ha suscitado, tratándose de la extradicción. No pocos tratados ha celebrado el Perú con otros estados, en los cuales está pactada la extradicción en armonía con los principios del derecho internacional.

No sucede lo mismo respecto de la expulsión. En diversas ocasiones, se ha puesto en duda el derecho de la autoridad para expulsar á los extranjeros, cuya presencia es peligrosa ó nociva, y casi se ha llegado á aceptar la no existencia de este derecho.

Hace algunos años, se presentó en la cámara de senadores un proyecto de ley sobre expulsión de extranjeros. pero sus autores lo retiraron, por habérseles hecho observar, decían, que tal proposición era opuesta al art. 20 de la constitución, que no recordaban estuviese redactado en términos tan absolutos y generales. Este concepto no fué contradicho, sin embargo de no ser verdadero.

Debe ante todo notarse, que el derecho de los extranjeros para ingresar y permanecer en el territorio, no es de la misma naturaleza que el de los nacionales. Para estos, el territorio es su propiedad, es su hogar: el derecho de permanecer en él es incondicional, inherente á su nacionalidad. Para el extranjero, los derechos de ingreso y de permanencia, se derivan de la voluntad del estado que le abre sus puertas: hay un verdadero pacto entre el extranjero que entra y el estado que lo recibe, y ese pacto puede ser y es en efec-

to condicional; subordinado á las reservas de la extradicción y la expulsión, sancionadas por el derecho internacional universal, aún cuando no lo estuviere por las leyes especiales del estado.

Ya hemos manifestado, que por generales que sean los términos empleados por la constitución, en las fórmulas declarativas de los derechos, ellas se refieren solamente á los nacionales. Nada importa que el art. 20 de la constitución diga: "*Nadie* podrá ser separado de la república ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada;" nada importa tampoco que el art. 29 declare que: "Todos los *ciudadanos* tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público ó en privado sin comprometer el orden público." Ni el primero de estos artículos favorece á los extranjeros para no ser expulsados, ni el segundo los priva del derecho de asociación; y en efecto, no gozarían de este derecho, si se admitiera que la primera fórmula los comprende, pues, lógico sería concluir entonces, que la segunda los excluye. Falso sería, sin embargo, afirmar que los extranjeros no gozan en el Perú del derecho de asociación.

Tan opuesta sería á la constitución la extradicción como la expulsión, puesto que con una y otra se separa al extranjero del territorio, sin previa sentencia ejecutoriada, y la inconstitucionalidad del acto no desaparecería, por cierto, por la circunstancia de ser solicitado por un gobierno extranjero.

El Perú, lo mismo que todos los estados, siguiendo los preceptos del derecho internacional, y los mandatos de sus propias leyes, ha ejercitado siempre este derecho de expulsión. Numerosos son los casos en que el Perú ha solicitado de los gobiernos vecinos, la expulsión de refugiados peruanos, que del otro lado de nuestras fronteras conspiraban contra el órden público, y en no pocos, el Perú ha recibido y accedido á idénticas solicitudes.

Según supremos decretos de 29 de enero de 1854

y 18 de junio de 1846, los extranjeros vagos y de mala conducta pueden ser expulsados.

*
* *

Se ha puesto en duda, alguna vez, el derecho de asociación de los extranjeros, fundándose en los términos del artículo 29 de la constitución, que declara ese derecho á los *ciudadanos*. Esa duda es infundada, y ya hemos manifestado, que los derechos públicos de los extranjeros, no vienen de las declaraciones de la constitución que no los comprenden: vienen de la regla de derecho universal, de que los extranjeros gozan de todos los derechos inherentes á la persona humana, con la misma amplitud que los nacionales, mientras no haya excepción ó restricción explícita, establecida en las leyes, tratados, ó preceptos del derecho internacional. No es lógico, de otro lado, deducir de la existencia de una ley, que declara un derecho á una clase de personas, que las demás no gozan del mismo derecho: este goce puede venir de otra ley ó de otra fuente de derechos.

*
* *

Igual duda se ha suscitado respecto de la libertad de la prensa, porque los artículos 1º y 29 de la ley de imprenta, se refieren á los peruanos, al declarar los derechos de manifestar los pensamientos por medio de la prensa y de denunciar impresos. Esta declaración de derechos á los peruanos, no es la negación de los mismos derechos á los extranjeros.

Desde que el Perú se declaró nación independiente, reconoció los derechos naturales de los extranjeros, como ya sabemos, por el decreto dictatorial de 17 de octubre de 1821, y las limitaciones ó restricciones á que se les ha sometido después, son excepciones á la regla. Tales excepciones no se suponen, deben ser explícitas.

*
* *

La determinación de los derechos civiles de los extranjeros, ésto es de los que nacen de las relaciones privadas, es la materia de una de las grandes ramas de la ciencia del derecho: el derecho civil internacional. Numerosos y difíciles problemas ofrece su estudio, sobre todo, para la determinación de las leyes civiles que deben aplicarse á los extranjeros, ya las territoriales (estatutos reales) ya las de su nación (estatutos personales) ya las de su domicilio. Estraño á nuestro objeto es ese estudio, y sólo nos ocuparemos del derecho de los extranjeros para adquirir inmuebles en el Perú, por hallarse ese derecho consignado en el artículo 28 de la constitución.

En la constitución del año 39 se disponía lo siguiente:

"Ningún extranjero podrá adquirir por ningún título, propiedad territorial en la república, sin quedar por este hecho sujeto á las obligaciones de ciudadano, cuyos derechos gozará al mismo tiempo."

Algunos decretros supremos se dictaron en conformidad con esta disposición constitucional; pero por el de 23 de agosto de 1845, se declarô que los extranjeros quedaban libres de las condiciones á que por aquellos, se les sujetaba, pudiendo adquirir bienes raíces y casarse con peruana conforme á las leyes del país.

Un decreto supremo, sin embargo, no podía derogar una disposición constitucional, y á fin de que el derecho de los extranjeros, para adquirir bienes raíces no estuviere sujeto á duda, se consignó en la constitución del 56 la disposición de que tratamos, que pasó á la del 60.

Este reconocimiento explícito, hecho por la constitución del 56, del derecho de los extranjeros para adquirir inmuebles en la república, derogó el artículo 34 del código civil, en cuanto hacía depender el goce de ese derecho de los tratados internacionales.

CAPITULO XV

DE LA SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

Art. 59. Son atribuciones del congreso:

. . . . . .

20.ª Declarar cuando la patria esté en peligro; y suspender por tiempo limitado las garantías consignadas en los artículos 18, 20 y 29.

Confundido, así, entre las atribuciones del poder legislativo, y como asunto de poca importancia, consigna la constitución el principio de la suspensión de las garantías individuales.

En la constitución del 12 de noviembre del año 23, la primera que en el Perú se dió, se declaró que "la nación no tiene facultad para decretar leyes que atenten contra los derechos individuales;" pero como ya sabemos, el día anterior, á exigencias del general Bolívar, se daba una ley por la cual se declaraba "quedar en suspenso el cumplimiento de los artículos constitucionales, que sean incompatibles con la autoridad y facultades que residen en el libertador, y con las que asisten al gobierno, para dictar las providencias más enérgicas y eficaces, que son indispensables para la salvación del país, hasta que las circunstancias de la presente guerra hayan variado, á juicio del congreso y desaparecido la necesidad de tan inevitable medida."

Desde entonces, en todas las constituciones apareció el régimen de la suspensión de las garantías individuales. Por excepción, la carta del 56 lo abandonó

y consignó entre las atribuciones del poder legislativo: "Declarar cuando la patria está en peligro, y dictar, dentro de la esfera constitucional, las medidas convenientes para salvarla." En la reforma del año 60 se volvió á él.

En la vida real, más aún que en las constituciones, imperó durante largos años, y casi sin interrupción el régimen del poder discrecional, como resultado inmediato de la lucha constante, entre los caudillos militares que se arrebataban el poder.

Nuestra historia política nos enseña, que han sido siempre los malos gobiernos, los gobiernos condenados por la opinión, los que, con declaración legislativa ó sin ella, han empleado la arbitrariedad como medio de conservación, y no limitada, por cierto, á las encarcelaciones y á los destierros, sino destruyendo todas las garantías, como las de la prensa, el domicilio y aún la propiedad, mediante empréstitos forzozos ó cupos. Esta irritante tiranía, ha precipitado siempre la caída de esos gobiernos, abrumados por la condenación general. Cuando los buenos gobiernos han empleado alguna medida de arbitrariedad, pronto han conocido lo innecesario de ella para mantener el órden, que en efecto han conservado, después de dar, inútilmente, motivo para legítimas censuras.

Esta enseñanza de nuestra vida política, prueba que la supuesta necesidad de la suspensión de las garantías constitucionales para la conservación de la paz interna, es una preocupación arraigada en los espíritus, fruto de la viciosa educación política que se nos dió, desde el primer día de nuestra vida independiente.

*
* *

Lo que sustancialmente significa la suspensión de las garantías, autorizada por el inciso 20 del artículo 59 de la constitución es: 1º que puede mantenerse en detención á las personas, sin ponerlas á disposición del juez, por todo el tiempo que crea conveniente el poder

ejecutivo; 2º que el mismo poder ejecutivo, puede separar de la república ó del lugar de su residencia á las personas, sin forma ninguna y 3º que puede impedir la formación de asociaciones y las reuniones á su voluntad.

Algunas observaciones sujiere esta disposición constitucional. A juicio de sus defensores, es sobre todo la necesidad de la rapidez en la acción de la autoridad, la que la hace necesaria. Así se decía en el congreso del 60. "En tan críticas circunstancias, es preciso no perder ni un sólo instante, y herir con rapidez al monstruo de la revolución. Un sólo día de tardanza puede producir el trastorno, envolver quizas al país en los horrores de la guerra civil y causar el derramamiento de sangre." Pero el poder legislativo no existe permanentemente reunido, y para su reunión, en sesiones extraordinarias, se necesitan no menos de dos meses de tiempo á causa de las distancias. Es pues, imposible proceder con la rapidez que hace necesarias las medidas, y, ó se raya de la constitución por ineficaz y tardía la suspensión de las garantías, ó se arma al poder ejecutivo, con la atribución de decretarla por si mismo con prescindencia de las cámaras. Y en efecto, casi todas las constituciones que establecen el principio, optan por este extremo y proceden sin duda con lógica. Pero un poder ejecutivo, armado permanentemente con el derecho despender las garantías individuales, es un poder absoluto.—Las constituciones que lo crean, debieran, para no incurrir en contradicción, suprimir las fórmulas declarativas de los derechos humanos, ó reemplazarlas sencillamente con esta otra: *los asociados gozarán de los derechos naturales, en las épocas y con la extensión que el poder ejecutivo crea conveniente determinar.*

No es fácil explicarse porque, la constitución señala como únicos derechos peligrosos para la estabilidad del poder, el que asiste á los individuos para ser sometidos al juez, el de permanecer en el territorio y el de asociación. Las mismas consideraciones, que aducen los

que ven en éstos una amenaza, son aplicables y tal vez con más eficacia á la inviolabilidad del domicilio, al derecho de transitar dentro del territorio ó de entrar en él, al ejercicio de muchas industrias, á la libre emisión del pensamiento, sobre todo en la prensa periódica, y hasta al de la predicación religiosa, con la cual se puede hacer exitaciones políticas. Lo lógico es prevenir radicalmente el peligro, y suprimir toda libertad, para salvar la libertad.

Bien pudo la carta, omitir la declaración de suspensión de la garantía consignada en el artículo 29. Este artículo concede el derecho de asociación pacífica en público ó en privado, *sin comprometer el órden público* y como en último término, es el poder ejecutivo el encargado de conservar el órden público, á él corresponde juzgar respecto de la licitud ó ilucitud del ejercicio de tal derecho, y por consiguiente se encuentra permanentemente armado de la facultad de permitir ó prohibir su ejercicio.—Es pues innecesaria la suspensión que con el carácter de extraordinaria establece la constitución.

*
* *

Algunos tratadistas modernos resuelven con envidiable facilidad, y por medio de una metáfora, la grave cuestión de la suspensión de los derechos humanos. "El estado de salud, dice uno de ellos, no puede confundirse con el estado de enfermedad; así como fuera absurdo privar del alimento al hombre sano, sería sumamente perjudicial dárselo al hombre enfermo. De igual modo, la libertad, que es el alimento imprescindible para la vida de los pueblos, pudiera en ocasiones, poner en peligro su existencia, cuando atraviesan periodos anormales, en que el derecho de la fuerza se sobrepone á la fuerza del derecho. En estas razones se funda la suspensión de las garantías constitucionales."

El mismo razonamiento se empleaba en la tribuna del congreso del 60. "Los grandes males políticos no

se curan con los medios ordinarios: requieren por el contrario remedios prontos y heróicos. Sucede entónces con el cuerpo social lo que sucede con un enfermo: si el médico le permite tomar los alimentos ordinarios, lo arrastrará rápidamente á la tumba."

Siguiendo á estos políticos, en el camino de la metáfora, debe hacérseles observar, que el ejercicio público de la profesión de médico, requiere diploma de competencia, y que nadie ha otorgado á los gobernantes tal título profesional, para curar á los pueblos y someterlos al tratamiento homeopático, propinándoles en dosis infinitesimales la libertad y el derecho.

Los derechos humanos no son el alimento de las sociedades: son la vida misma de los hombres y de los pueblos, como con icontestable verdad lo dice Lerminier, y los gobernantes no son los dispensadores providenciales de la vida humana.

Con frecuencia, no es el cuerpo social el que sufre la enfermedad: es el gobernante convertido en tirano, el miembro gangrenado que pone en peligro la existencia de la sociedad, y que es, por lo mismo, necesario amputar. Los sostenedores de la teoría de la violación de los derechos humanos, niegan la necesidad de esta amputación, desconociendo en los pueblos, de un modo absoluto, el derecho de revolución contra la tiranía.

Los problemas sociales y políticos no se resuelven con metáforas. "Estos políticos, dice Laveleye, que toman sus tecnicismos á las ciencias naturales, hablan de cosas que no comprenden, y establecen en seguida falsas analogías."

"Estas analogías de que tanto se abusa hoy, hacen la oscuridad y no la luz, y son peligrosas, porque conducen á sacrificar á los individuos á lo que se cree el bien del cuerpo social." El estado no es un organismo, en el cual los individuos son los miembros y los gobernantes el cerebro y la voluntad que los maneja á su capricho.

No es cierto que todas las constituciones contengan

el principio de la suspensión de los derechos humanos. Un gran número de ellas no lo contienen y en consecuencia, el carácter esencial de su inviolabilidad no admite reservas: otras, como las de Bélgica, Servia y Rumania, consignan la máxima siguiente: "No pueden suspenderse ni en todo ni en parte las garantías constitucionales." Y aún cuando fueran uniformes, las constituciones á este respecto, los vicios no se justifican por su práctica constante: la esclavitud y el absolutismo de los reyes fueron instituciones uniformes en el mundo.

Carece por lo mismo de autoridad, el siguiente pasaje de Montesquieu que se cita en apoyo de la teoría: "La práctica seguida por los pueblos más libres de la tierra, me ha hecho creer, que hay casos en que es preciso poner un velo sobre la libertad, á la manera como los antiguos cubrían, en ciertas circunstancias, las estátuas de sus dioses." Estas mismas palabras revelan la protesta, ó á lo menos la duda en el espíritu del escritor, respecto de la legitimidad de la práctica de que habla.

*
* *

Una de las más elocuentes páginas de la Política Constitucional, de Benjamín Constant, es sin duda la "de la suspensión y de la violación de las constituciones." Reasumamos sus razones.

"Un gobierno constitucional cesa de derecho de existir, inmediatamente que la constitución no existe, y una constitución deja de existir desde que es violada: el gobierno que viola la constitución desgarra su título: á partir de ese momento, subsistirá por la fuerza pero no subsiste por la constitución."

"Cuando se viola la constitución para evitar, según se dice, que otros la destruyan, no es la constitución lo que se conserva: lo que se conserva es el poder de algunos hombres, que reinan en nombre de una constitución que han desgarrado."

"No es ni siquiera cierto, que la violación de la cons-

titución asegure la estabilidad del gobierno. Cuando un gobierno, no tiene para prolongar su duración otro recurso que el de las medidas ilegales, estas medidas sólo retardan su caída por breves instantes, y el derrumbamiento que quería evitar, se opera en seguida con mayores desgracias y vergüenza."

"En las crisis de esta naturaleza, los culpables á quienes se inmola, son en muy pequeño número. Los demás se callan, se ocultan, esperan. Aprovechan de la indignación que la violencia ha sembrado en las almas, aprovechan de la consternación que el espectáculo de la injusticia despierta en los espíritus escrupulosos. El poder que infringe las leyes, pierde su carácter distintivo y sus más provechosa preeminencia. Cuando los facciosos lo atacan, con armas semejantes á las suyas, la multitud de los ciudadanos se divide y se cree en aptitud de elegir entre dos facciones."

"Así como hay para los individuos acciones que el amor á la vida no legítima, las hay también para los gobiernos, y si se quiere tomar consejo de la experiencia y de la historia, se verá que esta no es una regla de moral candorosa. Si la caída es inevitable, para qué agregar á la desgracia cierta, el crímen inútil? Si el peligro puede conjurarse, no se conseguirá este resultado con la violencia y la supresión de la justicia, sino adhiriéndose más escrupulosamente que nunca á las leyes establecidas, á las formas tutelares, á las garantías preservatrices."

"Los anales de la Arabia nos cuentan, que un califa, atacado de una enfermedad incurable, se dejó persuadir de que las entrañas palpitantes de niños inmolados aliviarían sus males. Muchos inocentes perecieron: el califa no curó: no vivió un día más. Un horror eterno rodea su memoria. Sed justos, diré yo siempre á los depositarios de la autoridad; pues si la existencia de vuestro poder no es compatible con la justicia, vuestro poder no vale la pena de ser conservado. Sed justos, pues si no podeis conservaros siendo justos, con la injusticia tampoco existireis largo tiempo."

"No hay excusa para medios que sirven igualmente á todas las intenciones y á todos los propósitos, y que invocados por los hombres honrados contra los malvados, se encuentran en la boca de los malvados contra la autoridad de los hombres honrados, con la misma apología de la necesidad, con el mismo pretexto de la salud pública. La ley de Valerio Publícola, que permitía matar sin formalidad á todo el que aspirase á la tiranía, servía alternativamente á los furores aristocráticos y populares, y perdió á la república romana."

"La manía de la mayor parte de los hombres es creerse superiores á lo que son. La manía de los escritores es creerse hombres de estado. En consecuencia ellos cuentan con respeto, y describen con complasencia, todos los grandes empleos de fuerza, todas las medidas ilegales en las circunstancias peligrosas: se enardecen con los arrebatos de la fuerza que predican, y dan á su estilo la rapidez que recomiendan en la acción: lanzan rayos de arbitrariedad por todas partes: se creen por un momento dueños del poder, hacen alarde de su abuso llenos de satisfacción; se desgañitan repitiendo las grandes frases de salud del pueblo, de ley suprema, de interés público: se admiran de su profundidad y se maravillan de su energía. Pobres imbéciles! hablan á hombres que nada encuentran mejor que escucharlos, y que en la primera ocasión, harán en ellos mismos la experiencia de su teoría."

TERCERA PARTE

De los ciudadanos y del poder público

CAPITULO I

DE LOS CIUDADANOS

Art. 37. Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de veintiun años; y los casados aún que no hayan llegado á dicha edad.

Art. 40. El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1.º Por incapacidad, conforme á la ley;

2.º Por hallarse sometido á juicio de quiebra;

3.º Por hallarse procesado criminalmente, y con mandamiento de prisión;

4.º Por ser notoriamente vago, jugador, ebrio, ó estar divorciado por culpa suya.

Art. 41. El derecho de ciudadanía se pierde:

1.º Por sentencia judicial que así lo disponga;

2.º Por quiebra fraudulenta judicialmente declarada;

3.º Por obtener ó ejercer la ciudadanía en otro Estado;

4.º Por aceptar de un gobierno extranjero, cualquier empleo, título ó condecoración, sin permiso del Congreso;

5.º Por la profesión monástica, pudiendo volver á adquirirse mediante la exclaustración;

6.º Por el tráfico de esclavos, cualquiera que sea el lugar donde se haga.

Es asunto de órden constitucional la determinación de las personas á quienes corresponden los derechos políticos, que son la participación que toca á los individuos en el gobierno de la sociedad; y lo es también, la de las causas de exclusión del ejercicio de tales derechos. Nuestra carta, intenta hacer esa determinación en los artículos 37, 40 y 41.

Las repúblicas hispano americanas, tomaron las voces *ciudadano*, *ciudadanía*, del lenguaje de la revolución francesa. Esta sostituyó todo tratamiento personal con el de ciudadano, término del derecho romano, y en la constitución de 1791, clasificó á los franceses en ciudadanos activos y pasivos, según que tuviesen ó no el ejercicio de los derechos políticos. En la carta de 1793, desapareció la división en activos y pasivos, y se restringió el sentido de la palabra ciudadano, aplicándola solamente, á los que tenian el ejercicio de aquellos derechos.

Nuestras primeras constituciones, emplearon la palabra ciudadano en esta acepción restringida, pero las de los años 34 y 39 la tomaban en el sentido lato de nacional. La del 56, la empleó nuevamente en el sentido limitado, decía así: "Son ciudadanos, ó se hallan en el ejercicio de los derechos políticos, los mayores de veintiun años y los casados aunque no hayan llegado á dicha edad." En la reforma del 60, se empleó la palabra en los dos sentidos: así en el artículo 37, se define á los ciudadanos en ejercicio, esto es los activos, lo que supone la existencia de los pasivos; pero en los artículos 39, 40 y 41 las palabras ciudadano y ciudadanía, se emplean para determinar á los que tienen la aptitud para el ejercicio de los derechos políticos, y las causas de suspensión ó pérdida de ella.

El empleo de los voces ciudadano y ciudadanía ofrece graves inconvenientes. Según su sentido etimológico ó gramatical, ciudadano y ciudadanía son términos sinónimos de nacional y nacionalidad, y usarlos en otro sentido es ocasionar dudas peligrosas. Además, no se consigue el objeto de comprender en esas palabras, á

todos los que ejercen los derechos políticos, y la aptitud para ese ejercicio, por que son diversas las condiciones que se requieren respecto de cada derecho político, y lo son también las causas de exclusión y es necesario, por eso, señalarlas separadamente.

Nuestra carta debiera pues, imitando la fórmula de las constituciones europeas, limitarse á consignar la siguiente ú otra análoga disposición:

"Esta constitución y las leyes relativas á los derechos políticos, determinan cuales son, además de la calidad de peruano, las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos políticos, y las causas de exclusión temporal ó indefinida de tal ejercicio."

* * *

Hechas estas observaciones de carácter general, estudiemos concretamente las causales de exclusión que la carta consigna.

La incapacidad legal ó civil, consignada en el inciso 1º, del artículo 40, que es la que según el código, afecta á los menores, á los locos ó fatuos y á los pródigos declarados, es evidentemente justa causa de exclusión del ejercicio de los derechos políticos, porque el que es inhábil para manejar sus propios negocios lo es, sin duda, para dirigir los del estado.

La quiebra declarada, que produce interdicción civil y hace dudosa la honorabilidad del fallido; el mandamiento de prisión, que se dicta cuando existe prueba semiplena de delincuencia, y la inmoralidad notoria, manifestada por el juego, la embriaguez ó la vagancia habituales, son también causas de exclusión. La ley, es la que debe determinar la manera de calificar al inmoral, para el efecto de la exclusión.

El divorcio no debe considerarse entre aquellas causas, porque no siempre el verdadero motivo de él, es el que se alega, aún cuando el esposo lo dé por cierto, y si ese motivo es un delito ó un vicio, de los que por

si solos motivan la exclusión, es innecesario hablar del divorcio.

*
* *

La pérdida de los derechos políticos por vía de pena, se halla establecida en todas las legislaciones.

La quiebra fraudulenta, no debe figurar como causa diversa de la anterior, porque el código penal la castiga con la pena de cárcel, que lleva consigo la inhabilitación absoluta y la interdicción civil durante la condena, y la inhabilitación absoluta es la privación de los derechos políticos, activos y pasivos. Es pues el caso de la sentencia judicial que expresa el inciso 1º

Los religiosos profesos carecen de capacidad civil según nuestro código, y por consiguiente, están comprendidos en el inciso 1º del artículo 40.

Se explica que en el año 56, cuando se abolía la esclavitud en el Perú, y con el propósito de dar fuerza á la abolición, se consignara la disposición del inciso 6º Hoy, que la esclavitud no existe en el mundo civilizado, no tiene razon de ser esta disposición.

El inciso 4º, no distingue los empleos de los títulos ó condecoraciones, que un gobierno extranjero puede conceder á los peruanos. Sin embargo, grande diferencia existe entre unos y otros. Desde luego, todo cargo ó función que suponga la adquisición de la nacionalidad extranjera, es causa de la pérdida de la ciudadanía en el Perú, pero este caso está comprendido en el inciso 3º Los otros cargos ó empleos, que no importan la adquisición de la nacionalidad en el país en que se obtienen, no rompen, sin duda, los lazos que unen al individuo con su patria, y no descubrimos razón alguna, para dar por destruidos esos vínculos.

Tampoco creemos, con mas razón, que la aceptación de títulos ó condecoraciones sea causa suficiente para la pérdida de la ciudadanía.

Esta disposición, que se contiene en algunas constituciones, es un rezago del espíritu antiguo, que siem-

bra y mantiene la desconfianza y el recelo entre los estados. Hoy que la base de la organización social y política de los pueblos es la igualdad jurídica, los títulos y condecoraciones se conceden, por lo general, al mérito personal, y en verdad que es un extraño recelo poner restricciones á los nacionales, para recibir, de donde quiera que venga, el premio á su inteligencia ó á sus virtudes. Y si se trata de títulos ó condecoraciones vanas y pueriles, ocuparse de ellas, es dar al asunto la importancia que no tiene.

Según el inciso 3º del artículo 41, la ciudadanía se pierde por obtenerla ó ejercerla en otro estado. Ninguna dificultad ofrecería esta disposición, si por ciudadanía se entendiera nacionalidad; pero como ya hemos manifestado, en este artículo, como en el anterior, ciudadanía es la aptitud para el ejercicio de los derechos políticos. No es, pues, la calidad de peruano la que se pierde por hacerse ciudadano de otro estado. La misma regla han establecido las constituciones anteriores y muy explícitamente la del año 34, que decía: "el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía se suspende....3º por naturalizarse en otro estado."

La mayor parte de las constituciones americanas han adoptado el mismo principio, y la de Venezuela del año 74, fué hasta el punto de declarar que "no pierden el carácter de venezolanos los que fijen su domicilio y adquieran la nacionalidad en país extranjero."

Numerosas y trascendentales son las dificultades á que dá lugar esta regla. El peruano que se naturaliza en otro estado, pierde en el Perú los derechos políticos, pero no su calidad de peruano, luego queda ligado con las obligaciones que se derivan de esta calidad; ¿podría ser obligado, hallándose en el Perú, al servicio militar? Su patria adoptiva no tendría derecho para impedirlo? Los peruanos, como los nacionales de todos los países, gozan de ciertos derechos individuales que no corresponden á los extranjeros, por muy amplios que sean los que á estos se reconocen: ¿un

peruano naturalizado en país extranjero, deberá ser entregado por el gobierno del Perú á título de extradicción? La mujer peruana del peruano naturalizado en el extranjero conserva ó pierde su nacionalidad? Sus hijos son peruanos? Si las respuestas á estas cuestiones no son difíciles atendiendo á nuestra ley constitucional, ellas sin embargo, no resolverán en la práctica los conflictos, por la oposición en que, probablemente se hallará nuestra ley con la de la nueva patria del peruano naturalizado en ellla.

Estos conflictos solo se evitan con la regla de derecho universal (salvo en algunos estados de América), según la cual, el cambio de patria es un derecho natural, cuyo ejercicio produce la extinción absoluta de la antigua nacionalidad.

La naturalización en un estado extranjero, debe figurar pues, en el título que se ocupa de los peruanos y como causa única de la pérdida de la calidad de tales.

CAPITULO II

DE LA SOBERANÍA

Art. 3.º La soberanía reside en la Nación, y su ejercicio se encomienda á los funcionarios que esta Constitución establece.

Art. 5.º Nadie puede arrogarse el título de soberano: el que lo hiciere, comete un atentado de lesa patria.

La soberanía es el poder ó conjunto de derechos, que corresponde á la colectividad, para organizarse políticamente y gobernarse asi misma.

Jurídicamente todos los hombres son iguales: ninguno está obligado respecto de los otros, en más de lo que estos lo estan respecto de aquel: "la libertad es igual asi misma." En la sociedad civil esta condición de igualdad es la base de toda organización; y en consecuencia, en todos existe el mismo título para tomar parte en el arreglo y dirección de la sociedad que á todos interesa igualmente.

"El principio de la soberanía del pueblo, dice Constant, no puede ser contestado. La ley tiene que ser la expresión ó de la voluntad de todos ó de algunos. Ahora bien, cuál sería el origen del privilegio exclusivo que se concediera á este pequeño número? Si es la fuerza, esta pertenece á quien se apodera de ella, no constituye un derecho, y si se le reconoce como legítima, lo es igualmente, cualesquiera que sean las manos en que se encuentre y cada uno querrá conquistarla á su turno. Si se supone el poder del pequeño número sancionado por el consentimiento de todos, este poder se funda entonces en la voluntad general."

"Demandar á quien pertenece la soberanía, dice Berriat de Saint Prix, es preguntar qué voluntad puede dirigir al pueblo entero sea por si mismo, sea por intermediario. ¿Preguntamos aquién pertenece el derecho de manejar los asuntos de una persona dada? A esta misma persona se responderá sin vacilar, ó á aquel que haya sido encargado por ella de representarla. Ya se trate de una sociedad comercial, de una familia, de un comun, de un pueblo entero, el razonamiento es el mismo. El mayor número de los interesados, puede complicar y hacer más difícil el arreglo de sus comunes intereses, pero no puede despojarlos de sus derechos. La nación sola, es pues árbitra para determinar la forma de su gobierno: en eso no hace ella otra cosa que encargar á uno ó á muchos mandatarios del manejo de sus intereses."

*
* *

Si no existe casi discusión acerca del derecho de la nación para constituirse y gobernarse, son muy variados los conceptos que tienen formados los publicistas y las constituciones, respecto de la forma en que los pueblos ejercen su propio gobierno, y necesario es por lo mismo llegar á ideas precisas.

En medio de aquella variedad de conceptos, todos convienen en que son manifestaciones de la soberanía pública las siguientes:

1ª La elección de las personas que ejercen las funciones oficiales de dar las leyes, hacerlas cumplir y administrar la justicia. En virtud de esta elección periódica, los elegidos poseedores de la confianza de los electores, llevan al gobierno que ejercen, el pensamiento y las aspiraciones de la mayoría que los elige: 2ª la intervención, dentro de cierto límite, en el ejercicio de ese gobierno, mediante la libertad de la prensa, las reuniones y peticiones políticas, que mantienen la corriente de opinión entre gobernados y gobernantes, opinión que no puede ser del todo desatendida, sin

riesgo para la vida normal de los estados y 3ª la defensa contra el abuso del gobierno oficial, defensa que no puede ser reglada, y en virtud de la cual, la colectividad puede ir hasta separar al mandatario convertido en déspota. Estas funciones de elección, intervención y defensa ó revolución, son ejercidas en todo momento por la colectividad, no se delegan ni encomiendan.

Se conviene tambien, en que las funciones oficiales de dictar las leyes, hacerla cumplir, administrar los intereses de la colectividad, y distribuir la justicia; no pueden ser ejercidas por los asociados reunidos en comicios públicos, ni con su voto imperativo: son necesarios órganos especiales, y esta necesidad es una ley natural que la voluntad de los asociados no puede derogar.

La existencia, legítima por si misma, de estos órganos especiales, cuyo conjunto es el poder oficial, ó sea el gobierno directo del estado, no menoscaba el poder soberano de la colectividad. En nadie existe título personal ó propio para ejercer esas funciones: la colectividad designa á los que cree aptos para ellas; y mediante esa designación, y la intervención y la defensa que continúa ejerciendo respecto de los designados, conserva su predominio en el gobierno directo: es su fuente, su control y su valla, es en suma, el verdadero soberano.

Estas ideas nos llevan á las siguientes conclusiones:

La soberanía de la nación es el derecho que ella tiene de constituirse y gobernarse indirecta ó mediatamente, eligiendo á los funcionarios, interviniendo en sus actos y defendiéndose contra sus abusos.

Esta soberanía ó gobierno mediato, es ejercida en todo momento por la nación misma: no la delega ni encarga, ni es susceptible de delegación.

Las funciones oficiales de dar las leyes constitucionales ú ordinarias, cumplirlas y administrar la justicia, no son parte de la soberanía de la nación: pero emanan de ella, y dependen de ella.

Los funcionarios oficiales no son delegados de la nación: son los llamados por ella para ejercer el gobierno directo, sin el cual no puede existir pero bajo su intervención y predominio soberanos.

***

Esta intervención y predominio de la voluntad nacional en el ejercicio del gobierno oficial, no son, no pueden ser absolutos. Si lo fueran, caeríamos en el régimen de la democracia pura, ó sea del gobierno directo del pueblo, que es la peor de las formas del absolutismo.

Esta limitación del imperio de la opinión se funda en las leyes de la justicia social.

Por grande que sea la extensión que quiera darse al principio democrático, y aún bajo el régimen del sufragio universal, hay un gran número de personas que no intervienen en el gobierno social por su incapacidad natural: niños é incapaces, ó por exclusión legal, criminales y viciosos calificados. De los que ejercen el poder soberano, capaces y no excluidos, algunos no piensan del mismo modo que la mayoría dominante, y, éstos, por pequeño que sea su número, poseen como los incapaces, los derechos humanos para cuya seguridad existe el estado. No puede, en consecuencia, la mayoría que gobierna, sin ser injusta, traspasar el límite marcado por estos dos principios: los derechos individuales, cuya posesión da á todo hombre una esfera de acción independiente de toda autoridad, y exigen inviolable respeto, y la prescripción de justicia social, que impone á la colectividad la obligación de constituir el poder público ú oficial, ó sea la organización del gobierno directo, sin el cual los derechos individuales no podrían ser definidos y asegurados.

Si la mayoría que gobierna constituyera sola la sociedad civil: si su voluntad y su pensamiento fueran unánimes, nadie tendría el derecho de oponerse al

abuso de su poder, como nadie puede impedir al individuo el abuso de su libertad, mientras no dañe á otro. Se infringirían las leyes morales reguladoras de la vida humana en todas sus manifestaciones, pero la infracción no sería injusta. Pero no existe sola la mayoría que gobierna, y no puede en consecuencia, conducir al estado á la anarquía ó á la disolución, como no puede el dueño de la nave que lleva pasajeros á bordo, prescindir del piloto, para dirigir por si mismo la maniobra, que no conoce, y hacer zozobrar la embarcación.

* *
*

La declaración de la delegación de la soberanía que contiene el art. 3º de la carta, es la fórmula precisa de la errónea doctrina del pacto social de Rousseau, que el congreso constituyente del año 23 aceptabe sin reserva. La exposición de motivos de la constitución de ese año decía lo siguiente:

"Si, señor, si á la nación pertenece esclusivamente la soberanía *primitiva*, constituída yá, y trasmitido su ejercicio en el modo conveniente, sólo la ley es soberana, *y como ésta no puede obrar por sí, se personifica en los magistrados* que son sus agentes, y como tales, los administradores de los altos poderes que les ha conferido la voluntad general; no debiendo ya mezclarse los ciudadanos, sino según las leyes, y en conformidad de las reservas congruentes con el sistema representativo.....

El poder electoral, es el único que se puede ejercitar sin delegarlo."

Poseído el congreso constituyente del año 23, de estas falsas ideas, se creyó realmente en posesión de la plenitud de la soberanía; así lo declaró en el momento de su instalación; declaró, también, que se reservaba el poder ejecutivo, y en una inmensa labor, absorvió toda autoridad.

Las constituciones modernas han abandonado la

vieja y errónea fórmula de la delegación, sostituyéndola con otra concebida en los siguientes ó semejantes términos:

"La soberanía reside en la nación: los poderes públicos emanan de ella."

*
* *

Los congresos constituyentes del Perú, se han manifestado muy adictos á las fórmulas empleadas en las constituciones francesas. La que contiene el art. 5, fué tomada por la convención del 56 de la constitución de Francia del año III, que contenía este artículo:

"Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía."

Pero en Francia esta disposición, como otras muchas, tenía una razón histórica, y por eso dice Rossi: "Todas estas disposiciones, que ninguno de nosotros consignaría *á priori*, son un resumen histórico." En Francia, cuando esa constitución se dictó, "la autoridad había salido del campo del poder constitucional: las sociedades populares se habían apoderado de ella; y se trataba de hacerla entrar de nuevo en las vías naturales: se quería constituir los poderes reconocidos por la constitución del Estado." Como en el Perú no existía en el año 56 esta razon histórica, ocurre la pregunta para qué, porque esta extraña declaración: "nadie puede arrogarse el título de soberano" si ya está consignado en el artículo 3º, que la nación es la soberana, y que el ejercicio de la soberanía está encomendado á los funcionarios constitucionales? El artículo 5º es una redundancia censurable, y lo es más, dados los términos altisonantes en que está redactado, muy distantes de la verdad y sencillez que deben existir en el estilo de las leyes.

CAPITULO III

DEL SUFRAGIO

Art. 38. Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir.

La elección de los funcionarios es la primera de las manifestaciones de le soberanía de la nación, ó sea del derecho que corresponde á esta, para gobernarse indirectamente así misma. El ejercicio de esa función, es además obligatorio, porque el estado no puede existir sin poderes oficiales. Estos caracteres de derecho y de función obligatoria, inherentes á la elección no desaparecen, sin duda, porque se la considere, no ya como acto de la colectividad, sino de los individuos que la forman. La elección es, respecto de cada individuo, su participación en el derecho de gobierno indirecto, y en la primera de sus funciones obligatorias.

Creemos, por lo mismo, inmotivada la discusión relativa á la naturaleza del sufragio: es un derecho y una función obligatoria del ciudadano. No es, sin duda, un derecho del individuo ó del hombre, considerado con abstracción de la sociedad civil de que forman parte, como lo son el derecho á la vida, al honor, á la libertad, á la propiedad: es derecho del ciudadano, del elemento componente de la colectividad, que no puede existir sin gobierno, y del cual es acto sustancial.

Nuestra constitución, en consecuencia, no hace una calificación impropia del sufragio. Todas las constituciones lo consignan como derecho político.

* * *

La ley electoral vigente, abandona la frase impropia de ciudadano en ejercicio que usa la constitución, y establece el derecho de sufragio en estos términos: "Ejercen el derecho de sufragio los peruanos mayores de veintiun años ó casados, que no hayan llegado á esa edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en el registro cívico de su domicilio."

Aún cuando el sufragio es un derecho del ciudadano, no corresponde, sin embargo á todos, sin distinción de edad, sexo y capacidad. Los derechos individuales son derivación inmediata de la naturaleza del ser humano, independientemente del concepto del estado: los derechos políticos, nacen de ese concepto de la sociedad, y corresponden al que forma parte de ella; de tal modo, que no existen ni se conciben con separación de la idea del estado: los primeros solo afectan al individuo, se refieren al desenvolvimiento de su personalidad, de sus fines ó bienes propios; con los segundos se decide sobre los intereses de la colectividad, se interviene en su organización, se la gobierna.

Estas sustanciales diferencias son el fundamento de la restricción del sufragio. El derecho es la vida: los derechos individuales constituyen la vida individual y en esta, la regla es la libertad, la espontaneidad del hombre, mientras no dañe á otro: los derechos políticos son la vida del estado, y el interés del estado es la regla, á la cual se subordina la participación que en ella toca al ciudadano.

Hemos establecido que la colectividad no tiene el derecho de gobernarse directamente, porque carece de la aptitud que el gobierno directo reclama; por la misma razón, tratándose del gobierno indirecto ó soberanía, aquellas de sus funciones, que exigen condiciones especiales de capacidad, no corresponden á los que carecen de ellas. Tal es el fundamento legítimo de las exclusiones.

Nadie pretende dar al niño el derecho de votar; se conviene también, en excluir del sufragio á las mugeres, á los fátuos, á los criminales, á los viciosos califi-

cados, ¿por qué detenerse aquí, y no excluir al que por su ignorancia hará un uso dañoso del voto?

La nacionalidad, la emancipación legal ó sea la condición de *sui juris*, y la calidad de saber leer y escribir, son pues requisitos justos, y los menos que pueden exijirse para el ejercicio del sufragio.

La calidad de saber leer y escribir no se exigía en la constitución. El artículo 38 decía: "Ejercen el derecho de sufragio todos los ciudadanos que saben leer y escribir; ó son jefes de taller; ó tienen alguna propiedad raiz; ó pagan al tesoro público alguna contribución." Como el que no sabe leer y escribir no puede tener ni el más ínfimo grado de cultura política, se procedió acertadamente al operar la reforma de este artículo.

La ley electoral excluye del sufragio á los siguientes:

1º Los que hayan perdido la ciudadanía, ó tengan suspenso su ejercicio, según los artículos 40 y 41 de la constitución;

2º Los ministros de estado, prefectos, subprefectos, gobernadores, tenientes gobernadores, comisarios y agentes de policía;

3º Los jefes y oficiales del ejército y de la armada nacional, y los de la gendarmería y de la guardia civil;

4º Los individuos de tropa pertenecientes á la gendarmería, guardia civil ó al ejército y los tripulantes de los buques de la armada nacional;

5º Los vocales, fiscales, jueces de 1ª instancia, agentes fiscales y jueces de paz encargados de los juzgados de 1ª instancia;

6º Los mendigos.

De las exclusiones contenidas en los artículos 40 y 41 de la constitución nos hemos ocupado ya.

La exclusión de todos los que ejercen autoridad política en sus diversos grados gerárquicos, de los que ejercen la jurisdicción, y de la fuerza pública en general, se funda en la necesidad de evitar la coacción que pueden fácilmente ejercitar.

La mendicidad, que priva absolutamente de independencia, es también justo motivo de exclusión.

Convenientes son, sin duda, estas exclusiones establecidas por la ley electoral, pero es necesario declarar que no es la ley, sino la constitución la que puede establecerlas, como lo hemos dicho ya.

*
* *

Las dos importantes reformas introducidas por la novísima ley electoral, son la sostitución del inútil y vicioso sistema del sufragio de dos grados por el voto directo, y la del voto secreto por el público.

El mayor número de los publicistas, fundados en los dictados del buen sentido y en la enseñanza de los hechos, condena absolutamente el voto indirecto.

El propósito de obtener una buena elección, por que no es la opinión de los hombres incapaces la que la determina, sino la de los segundos electores, escojidos de entre los más capaces de cada circunscripción, no se alcanzará jamás, por que es un error creer que la mayoría de los votantes, se convenza de su ineptitud, y se preocupe sólo de buscar á los que son más instruidos que ellos. Esta humilde persuación, supone que en la mayoría no se despierte el vivo interés, que lleva al ciudadano á las urnas electorales, porque si existe ese interés, es evidente que las listas de los segundos electores, serán formadas con los nombres de los que militan en el mismo partido político á que pertenecen los primeros, y que votarán por el mismo candidato favorecido por la opinión de estos.

La experiencia unánime de lo que pasa en las elecciones operadas bajo tal sistema, comprueba la verdad de la previsión. La elección de presidente en los Estados Unidos de América es el mejor ejemplo.

El sistema de dos grados es incompatible con la exigencia de condiciones en el votante. Si el voto se con-

cede solo á las personas que por reunir las condiciones legales, se les supone aptas para la elección, no se descubre por que se les niegue en seguida esa aptitud, y se menoscabe su derecho obligándolos á designar á otros. Si se tiene la capacidad legal, debe disfrutarse del voto, del verdadero voto que consiste en la expresión directa de la propia opinión; si se carece de esa capacidad, no se tiene el derecho de intervenir en la elección en ninguna forma.

El sufragio indirecto, que duplica los actos electorales, abre ancho campo á la falsificación, y, no es aventurado afirmar, que el deseo de realizar el fraude, entra en los propósitos de muchos de los que se esfuerzan por la adopción ó mantenimiento del sistema.

Tomado este régimen, como muchas de las prácticas y principios viciosos que nos han regido y aún nos rigen, de las constituciones de Francia de la época de la revolución, se ha mantenido en nuestras leyes casi sin interrupción. Ningun vicio se ha evitado con él, y el sufragio directo, que es el que la naturaleza de las cosas enseña no traerá, por cierto, ninguno nuevo, y al contrario, establecido con formas sencillas y realizables, mejorará notablemente nuestro régimen electoral.

*
* *

La cuestión relativa al voto público ó secreto, más que de órden teórico lo es de conveniencias prácticas.

Stuart Mill y otros tratadistas, considerando el sufragio solamente como función obligatoria del ciudadano, sostienen que el elector debe dar cuenta de la manera como desempeña esa función, mediante la publicidad del voto.

Se olvida al sostener esta teoría, que bajo el sistema del sufragio limitado, las condiciones de capacidad que la ley exige, son la garantía que presta el votante del buen uso del sufragio.

El sufragio, obligatorio como función política, es también un derecho para el ciudadano apto según la ley, y es necesario respetar su ejercicio. Mientras no existan razones especiales de conveniencia general, debe considerarse bastante la aptitud personal y respetarse la libertad del sufragante.

Hay que buscar, pues, en los hechos la solución del problema. "La experiencia ha demostrado, dice Laveleye, que en los países donde existe una división muy desigual de los bienes, el voto para ser libre debe ser secreto. De otro modo, la influencia del gobierno sobre los funcionarios, de los funcionarios sobre los administrados, del propietario sobre el arrendatario, del empresario sobre el obrero, del sacerdote sobre el fiel, del rico cliente sobre el tendero, es tal, que no solamente el voto no es libre, sino que votar es una ocasión de tribulaciones y de persecuciones tan penosas, que el elector desea vehementemente sustraerse á ellas."

En el Perú, más poderosa que esas influencias, es la necesidad de combatir el abuso tradicional y constante, de la suplantación de sufragantes y de votos. En todos los países, tiene su forma característica el fraude electoral, y entre nosotros cada votante sufragaba cuantas veces se lo permitía su ingenio. Este vicio, solo puede combatirse con el sistema del voto público. La corta experiencia del sistema ha dado, á este respecto, excelentes resultados.

*
* *

Nuestra ley electoral, del mismo modo que las de la generalidad de los países, establece el régimen del predominio exclusivo de las mayorías. Los tratadistas se preocupan sin embargo, de la necesidad de dar á las minorías representación proporcional en las cámaras, lo que, sin duda, es una exigencia sustancial del gobier-

no representativo. Hoy las minorías, sólo alcanzan representación por circunstancias eventuales, como la defectuosa organización de las mayorías, la influencia ó prestigio personal de un candidato etc.

Algunos sistemas se han inventado para asegurar la representación de las minorías, y los principales son los siguientes:

1º El sistema del voto restringido, que consiste en limitar los votos del elector á menor número de nombres, del de los diputados por elegir. Así, si son tres los representantes que debe elegir el colegio, cada elector vota solo por dos, lo que permite á la minoría obtener un diputado por cada tres.

2º El del voto acumulativo, que consiste en permitir á cada elector, que dé en favor de uno ó de algunos de los diputados por elegir tantos votos cuantos sean los elegibles. Si estos son tres, los electores de la minoría, suponiendo que se encuentren en la proporción de 1 á 3 con los de la mayoría, obtendrán un diputado, acumulando en él los tres votos de que cada uno dispone.

3º El del cociente electoral, con el cual se obtendría la representación proporcional, consiste sustancialmente, en fijar como número de votos que determina la elección, el cociente que resulta de dividir el número de votantes por el de diputados por elegir. Muchos métodos se han ideado sobre la base sustancial del cociente, establecida en Dinamarca por Andrae y por Hare en Inglaterra.

La necesidad de la representación de las minorías, debe sin duda estar satisfecha en la ley electoral, cuando la realidad de la vida política de un país, presente variedad de opiniones relativas á los intereses nacionales, y existan, en consecuencia, organizados y delimitados los partidos políticos que las representan, y que luchan para hacerlas prácticas. El hábito que contraen los electores de afiliarse á esos partidos y de respetarse mútuamente, permite entonces, un régimen electoral conveniente, con el cual los diversos partidos con-

curren á la formación de la cámara representativa, cada uno con su contingente propio y proporcional.

Cuando tales circunstancias no existen, y el nivel de la cultura política, se encuentra más bajo que aquel, en que esa coexistencia de los partidos nacionales se realiza, no es necesario preocuparse mucho, de abrir nuevos cauces á todos los intereses que luchan en las elecciones, y que siempre saben llegar á las cámaras.

CAPITULO IV

DE LOS REGISTROS ELECTORALES

Los registros ó censos electorales son necesarios para que las elecciones se verifiquen, porque no sería posible en el acto de realizarlas, detenerse para comprobar el derecho que asiste á los que se presentan á depositar su voto. Como, además, es regla de derecho político, que rige en muchos casos según nuestras leyes, que el que no tiene la aptitud para votar tampoco la tiene para ser elegido, el registro de electores, es de gran importancia, y su exactitud es necesaria garantía del correcto ejercicio de las funciones políticas.

La ley de elecciones vigente, tomada desgraciadamente de la ley española de 26 de junio de 1890, se ocupa de los registros electorales, y sus disposiciones, sustancialmente, son los siguientes:

Las juntas ó autoridades de registros son:

1ª La junta electoral nacional: se compone de nueve miembros, de los cuales dos son elegidos por la cámara de diputados, dos por la de senadores, cuatro por las cortes superiores y uno por el poder ejecutivo. Los elegidos deben tener las condiciones que se necesitan para ser senador, y residir en la capital de la república. La junta elige de su seno un presidente y un secretario, y puede funcionar con cinco de sus miembros. Se renueva cada cuatro años, y la renovación se verifica un año antes de la espiración del período presidencial.

Cada uno de los partidos políticos existentes en la república, con programa definido y jefe conocido, tie

ne derecho para nombrar un adjunto con voz pero sin voto en la junta.

2º Las juntas de registro provinciales. Se componen éstas de cinco miembros, designados por la suerte por la junta nacional, de entre los veinticinco mayores contribuyentes de cada provincia que residan en la capital de ésta. Esta designación se hace cada vez que el ejecutivo convoca á elecciones generales, que es tres meses antes de la fecha en que deben verificarse. Los designados eligen de su seno un presidente y un secretario.

3º Las juntas electorales de departamento. Se componen estas juntas de un delegado elegido por la junta nacional, que es el presidente, y de delegados que nombran las juntas de registro provinciales; constan de cinco miembros á lo menos, ciudadanos en ejercicio y residentes en la capital del departamento. La ley determina el modo de completar el número, cuando el departamento tiene menos de cuatro provincias.

4º Las delegaciones distritales de registro. Se forman con tres delegados propietarios y tres suplentes, nombrados por las juntas provinciales de registro para cada uno de sus distritos.

Las juntas provinciales de registro y las delegaciones distritales, reciben permanentemente las solicitudes de inscripción. Estas deben ser suscritas personalmente por los solicitantes, en presencia de las comisiones y conformes al modelo respectivo.

Las juntas provinciales hacen las inscripciones en vista de las solicitudes, y forman así el registro ó apéndice del año. Verifican también las anotaciones y alteraciones que ocurran durante el año por muerte, variación de domicilio y pérdida ó suspensión de la ciudadanía, en vista de los datos que respectivamente les envían los gobernadores, municipalidades y jueces de primera instancia, y el 30 de junio cierran el libro del reregistro del año para abrir el nuevo.

Las mismas juntas envían á las departamentales, copias certificadas de las inscripciones y de las alteracio-

nes ó modificaciones, operadas durante el año, y en vista de ellas, estas juntas forman el apéndice anual ó registro departamental, y hacen las alteraciones y enmiendas respectivas.

Las juntas departamentales á su vez, remiten copia certificada del apéndice departamental, y de las alteraciones y modificaciones á la junta nacional, la cual organiza el apéndice ó registro anual de la república y opera las modificaciones del caso.

En los registros electorales, las inscripciones se hacen por órden alfabético riguroso de apellidos, con expresión del lugar del nacimiento, domicilio, estado, profesión ó oficio y la calidad de saber leer y escribir.

Tanto el libro que contiene el registro general, como los apéndices anuales, se envían impresos á las juntas provinciales y se ponen al expendio, en número suficiente, á fin de que puedan ser adquiridos por todos los ciudadanos.

Cada cinco años se hace una nueva edición del registro, refundiendo en él los apéndices anuales, y con separación de departamentos, provincias y distritos.

La junta nacional extiende los títulos ó cartas de ciudadanía de los inscritos, y los remite á las juntas departamentales, para que estas los envíen á las provinciales y se verifique su distribución por ellas y por las delegaciones distritales. El título es válido por cinco años.

Dispone la ley, que las inscripciones se suspendan absolutamente dos meses antes de las elecciones, en toda la república ó en los departamentos ó provincias, según se trate de elecciones generales ó parciales.

*
* *

Defectuosa es, á nuestro juicio, esta organización de los registros.

La concentración en una misma junta, de la autoridad relativa á la formación de los registros, que son la

fuente de las elecciones, es peligrosa para la libertad electoral.

Los peligros aumentan, porque tal junta nacional, es no solamente autoridad en materia de registro, sino también en el órden electoral, y esta duplicación de funciones es opuesta á una buena organización; y por que no es difícil, que un interés electoral obtenga mayoría de adeptos en la junta, cuyas decisiones, en tal caso, se inspiraran siempre en este interés.

Análogas consideraciones caben respecto de las juntas departamentales y provinciales.

Además, la ley no ha consultado nuestra vida real. En algunas provincias no se pueden formar tales juntas por falta de ciudadanos contribuyentes, y en otras, no es posible hacer la designación de entre el número de veinticinco.

Igualmente graves son los inconvenientes que presenta la ley, respecto de los registros mismos.

En cuanto al modo de proceder, nuestra ley se separa del sistema adoptado en el mayor número de los países.

Establece las inscripciones en toda época. Las personas que adquieren el derecho de sufragio en el curso del año en cada provincia y distrito, no son por cierto, en número tal, que haga necesaria la apertura permanente de las inscripciones, y en consecuencia, se impone á las juntas del registro una atención constante é inútil.

Las inscripciones, así como las exclusiones en época y plazo fijos, que es lo que constituye la revisión periódica del censo permanente, despierta la atención y el interés de los ciudadanos, no solo en cuanto les afecta personalmente, sino en su calidad de miembros de partido, y la revisión se opera asi, bajo las miradas de todos, lo cual constituye una eficaz garantía de su verdad.

Solo haciendo la revisión del registro en época y plazo fijos, es posible formar las listas provisionales de inscripciones y modificaciones, publicarlas y dar oca-

sión á las reclamaciones, mediante las cuales, se hace la depuración de esas listas y se forma en seguida el apéndice definitivo.

Nuestra ley ha olvidado la necesicad de esa prévia depuración, con su sistema de inscripciones aisladas y diarias.

En las leyes de los otros países, las reclamaciones son, como es natural, anteriores á las inscripciones y exclusiones definitivas; estan reglamentadas como verdaderos juicios sumarios, con sus términos, instancias y hasta con recurso de casación. En nuestra ley, solo existe una disposición general é ineficaz, por la cual se reconoce el derecho de reclamar de los procedimientos ilegales, ante las mismas juntas, y de quejarse de sus resoluciones á las inmediatas superiores, cuyas decisiones ponen término al incidente. Las penas que se establecen para los abusos los castigan pero no los evitan.

No se descubre la utilidad de los tres libros de registro. El libro del registro del departamento, se forma copiando fielmente los libros provinciales, y el libro del registro de la república, copiando los departamentales. Las anotaciones de exclusión y suspensión, son también las copias de las que contienen los registros provinciales. Bastaría, pues, formar los legajos respectivos en las juntas departamentales y en la nacional, con las copias certificadas que envían las provincias.

Los errores voluntarios ó involuntarios en que incurren las juntas provinciales en sus registros, pasan al libro del departamento y al de la nación, y se corre ademas, el peligro de cometer nuevos errores al hacer las copias. Con los legajos se ahorrarían tiempo, gastos y peligros.

Dispone la ley, que el libro del registro provincial se cierre el 30 de junio y se abra otro, y como las elecciones generales tienen lugar en el mes de mayo, el registro general, formado con los provinciales cerrados en junio del año anterior, no puede servir para las elecciones, porque no es posible prescindir de los que du-

rante once meses han adquirido ó perdido el derecho de votar.

En todas partes se combinan convenientemente las fechas, consultando dos necesidades: 1ª que la revisión anual del registro esté terminada cuando comienzan los actos electorales, y con estos el apasionamiento de los partidos: y 2ª que el tiempo que media entre la revisión del censo y la elección, no sea tan dilatado que haga inaplicable el censo. Para no privar del voto á los que lo adquieren en el tiempo intermedio, se hace la inscripción anticipada en el censo, de los que llegan á la mayoría en ese tiempo intermedio, y para evitar que voten los que pierden el derecho durante ese tiempo, los jueces, gobernadores, etc., remiten directamente á las mesas receptoras, de modo que las tengan en el momento de su instalación, las certificaciones relativas á la pérdida ó suspensión del sufragio realizadas en el último período. Análogo procedimiento se emplea en los casos de elección parcial extraordinaria.

Nuestra ley debe ser reformada conforme á estas prácticas.

CAPITULO V

DEL PROCEDIMIENTO ELECTORAL

El 10 de mayo del año en que debe haber elecciones, las juntas de registro provinciales distribuyen á los electores de cada distrito en grupos de 250, según el orden numérico del registro, y designan por elección, tantas comisiones receptoras de sufragios, compuestas de tres personas, como grupos da el distrito. Para el distirito, aún cuando el número de electores no llegue á 250, y para la fracción, si la hubiese, también se nombra una comisión. Los presidentes de las juntas provinciales comunican el nombramiento á los elegidos, remiten al primero de ellos, un ejemplar de la parte del distrito que contiene el grupo electoral, y le designa el lugar en que debe funcionar.

El 20 de mayo, los presidentes de las comisiones receptoras anuncian por carteles y periódicos si los hubiere, que el 25 se instalará la comisión, indican el lugar de la elección é insertan en el anuncio la nónima del grupo.

El 25 á la una del día se procede á la recepción de los votos. En una sóla cédula se vota para diputados propietarios y suplentes, lo mismo que para senadores propietarios y suplentes y para presidente y vicepresidentes. El voto se escribe en dos cédulas iguales, que contienen el número de la boleta de inscripción del sufragante, el nombre del favorecido, el cargo para el cual se hace la elección y la fecha del voto. Una de las cédulas, firmada por el presidente, se

devuelve al sufragante y la otra firmada por éste, queda en poder de la comisión. Se coteja, si se cree conveniente, la firma del sufragante puesta en el voto con la del título electoral y se anota en el acta la desigualdad si la hubiere.

Debe durar dos días la elección para cada cargo, y diariamente se cierra á las cuatro de la tarde. Hecho el escrutinio diario, se extiende el acta respectiva expresándose en ella los nombres de los votantes, el número de votos obtenidos por los elegidos y las circunstancias ocurridas. Una copia del acta firmada por la comisión, se fija en lugar público, y se publica en los periódicos si los hubiere.

Concluida la votación, las comisiones remiten á la junta escrutadora de provincia las actas diarias, los votos y registros, en paquetes cerrados y sellados bajo certificación del correo.

Los partidos políticos pueden nombrar adjuntos á las comisiones receptoras.

*
* *

La designación de las mesas receptoras por las juntas de registro, peca contra la regla que enseña, que las personas que intervienen en la formación de los registros, no deben tener participación en las elecciones.

La distribución de los electores en pequeños grupos, sistema generalmente adoptado, ofrece la importante ventaja de que las elecciones en todo el país, pueden hacerse simultáneamente y en breve término. En la mayor parte de los países, la elección se hace en un sólo día, comunmente un feriado, con lo cual se evita distraer á los electores de sus ocupaciones diarias, y las agitaciones, que siempre producen las elecciones, pasan en breves horas. La elección en un solo día, hace además difícil sino inposible, que una misma persona vote dos veces, porque su presencia repetida en el trascurso de breves horas tiene que ser notada por la mesa.

Nuestra ley ha podido sin inconveniente, fijar un solo día para la elección. La experiencia prueba, que seis horas son bastantes para recibir los votos de un grupo, y si no lo fueran, convendría más, hacer más pequeño el grupo que prolongar la elección por más de un día.

*
* *

Según la ley, los ciudadanos con derecho de voto deben formar cinco grupos, á saber:

Propietarios;

Abogados, ingenieros, médicos, boticarios, profesores, preceptores, clérigos, estudiantes y demás individuos de profesiones liberales;

Agricultores y jornaleros;

Comerciantes;

Manufactureros, artesanos, mineros y demás industriales.

Cada grupo elige dos representantes ante las comisiones receptoras de sufragios de la provincia, las cuales comunican el resultado de la elección á la junta de registro provincial, y estas hacen la regulación de votos y proclamación de los elegidos. La junta provincial remite, por conducto de la departamental, los antecedentes de la proclamación á la junta nacional, y esta designa por suerte, entre cada par de elegidos, los miembros que en número de cinco, forman la junta escrutadora de cada provincia.

Cuando no existe organizado alguno de los grupos, la elección de los dos representantes que le corresponde, se hace por el grupo más numeroso, y si faltan dos grupos, la elección de los del segundo se verifica por el grupo que sigue en número al más populoso. Los designados se instalan cuando reciben su nombramiento, y nombran de entre ellos un presidente y un secretario.

Los partidos políticos pueden nombrar adjuntos á estas juntas.

Tratándose de la elección de diputados, la junta escrutadora, recibidos los antecedentes de la elección de las comisiones receptoras, procede á la regulación de los votos; publica el resultado durante tres días, y si no hay reclamación, proclama al diputado ó diputados elegidos, que son los que han obtenido mayor número de votos, ó el designado por la suerte en caso de empate. Una copia certificada de esta proclamación, se remite al elegido para que le sirva de credencial para incorporarse á la cámara; otra se envía al ministerio de gobierno, y otra á la cámara de diputados por conducto de la junta departamental.

En la elección de senadores, la junta escrutadora hace la regulación de votos, y remite copias de las actas á la junta electoral de departamento, la cual verifica la regulación general de los votos alcanzados en las provincias y proclama á los elegidos. La proclamación se publica en la capital del departamento, y se envía una copia al elegido, la cual le sirve de título para su incorporación en la cámara; otra se envía al ministerio de gobierno y otra á la cámara de senadores.

En la elección de presidente y vice-presidentes, las juntas escrutadoras, envían copias del acta que contiene el escrutinio final á la secretaría del congreso, firmada por todos los miembros de la junta. Comunican además, el resultado al prefecto, al ministro de gobierno y á cada uno de los elegidos, enviándoles copia de las actas finales.

El sistema de elección por gremios ó clases, adoptado por excepción en Prusia, es defendido por algunos tratadistas, como medio de dar representación á aquellas en las cámaras legislativas. Varios son los métodos que se han ideado para alcanzar ese objeto, y todos tienden, á que no sea el número de votos individuales el que decida de la elección, sino el voto colectivo de las clases sociales.

Laveleye dice respecto de este sistema "se confor-

ma tan poco con las ideas que hoy dominan, que es inútil detenerse en él."

Como según nuestra ley, este sistema de grupos se aplica para sólo el efecto de la formación de las juntas escrutadoras, y no para su representación en las cámaras, carece absolutamente de utilidad práctica.

Presenta además, los inconvenientes de duplicar las operaciones electorales, que deben ser lo más sencillas que sea posible; abre, por lo mismo, más ancho campo al fraude electoral, y fomenta la abstención por lo pesado de la labor.

Agréganse á estos inconvenientes: su impracticabilidad, por la carencia, en el mayor número de nuestras provincias, de individuos de las diversas ocupaciones que constituyen los grupos, en número suficientes para formarlos, y los peligros, de que tal sistema degenere de algún modo, en la institución gremial opuesta á la libertad del trabajo.

*
* *

La declaración de validez ó nulidad de las elecciones, se hace por las juntas escrutadoras de provincia y por las departamentales respectivamente.

La ley determina ocho casos de irregularidades que producen la nulidad.

Si la nulidad afecta á un número de votos superior al de la mayoría absoluta que en la provincia se hubiesen emitido, se manda hacer nueva elección, ante las comisiones que hubieran dado origen á la nulidad, pero si hubiese mayoría absoluta de votos debidamente emitidos, no se renueva la elección anulada.

No solo de oficio, sino á mérito de la acción de nulidad interpuesta por cualquier ciudadano, las mencionadas juntas resuelven sobre la nulidad.

En todo caso de procedimiento ilegal en las funciones electorales, cualquier ciudadano puede reclamar ante la misma junta que incurra en la infracción, y quejarse ante las superiores sino es atendido.

Esta parte de la ley es, á nuestro juicio, la más defectuosa. Sus disposiciones, consignadas sin método en diversos lugares, están concebidas en términos oscuros y aún contradictorios, y no preeven muchos casos, de manera que no es posible establecer doctrina legal sobre esta materia.

En lo sustancial, es inaceptable que sean las mismas juntas las que resuelvan en definitiva, sobre las infracciones en que se incurra, y sobre la validez ó nulidad de las elecciones.

La junta que deliberadamente infringe la ley, en la práctica de los actos de que está encargada, no declara por cierto ella misma, la nulidad de tales actos ni enmendará sus ilegales manejos. Si tratándose de las juntas escrutadoras, queda la apelación ó queja para ante las departamentales, recurso que es insuficiente, cuando son estas las infractoras de la ley, no queda reclamación para ante nadie, ni para la enmienda de un procedimiento ilegal, ni para el efecto más trascendental de la validez ó nulidad de una elección ó proclamación.

Es imposible conseguir en todas las provincias, dada la escasés de población y la no muy alta cultura política, número suficiente de individuos, para formar periódicamente juntas electorales, cuyos miembros reunan las calidades de aptitud, honradez política, y severidad de caracter, necesarias para juzgar y decidir sobre los actos electorales, y puede afirmarse que, raro será el país que pueda confiar á juntas de ciudadanos de provincia tan grave tarea.

Se tropieza en todos los países, con los abusos de las cámaras legislativas en la calificación electoral. Las mayorías calificadoras no se preocupan de la legalidad de la credencial, sino del color político del aspirante, para aceptarlo ó rechazarlo, según que venga á engrosar sus filas ó á debilitar su predominio. En Francia, en Italia, en Grecia, no en menor escala que en el Perú, este abuso es tradicional. Desde 1868, principiando por Inglaterra, se ha encontrado el remedio encomen-

dando á los tribunales la calificación electoral: es la alta corte la que, en Inglaterra, pronuncia en última instancia, sobre la validez ó la nulidad de la elección. "Tal es, dice Laveleye, la lección que da Inglaterra: no es permitido decir que se violaría el régimen representativo imitando su ejemplo." Luigi Palma en Italia, propone formar una corte especial, con cinco miembros de la corte de casación, designados por la suerte, ó nombrados cada año por la misma corte.

Si no es posible contar con la rectitud de las cámaras; si tampoco puede confiarse en la alta magistratura, el régimen del abuso en los países en que esto suceda, habrá invadido todas las esferas sociales, y es utópico pretender encontrar la imparcialidad, de que carecen los más altos magistrados, en los ciudadanos provinciales.

***

De otros defectos adolece, á nuestro juicio, la ley electoral.

Así, concede sólo á los partidos políticos el derecho de nombrar adjuntos á las juntas electorales. Pero los partidos políticos no están siempre convenientemente organizados en toda la república, para hacerse representar en todas las circunscripciones electorales, para el efecto de pedir la admisión de adjuntos. Además, en no pocos casos, alguno ó algunos de los candidatos en una elección, no están afiliados á ninguno de los partidos organizados, y no pueden en consecuencia, inspeccionar los actos electorales que á ellos y á sus adeptos interesan.

El derecho de nombrar adjuntos debe ser reconocido á los electores en general, determinándose el número de ellos que pueden pedir su admisión. Por este medio, usarán de tal derecho los partidos políticos, y no quedan privados de él los electores no afiliados á ellos. Tal es la práctica generalmente adoptada.

La ley declara irrenunciable el cargo de miembro

de la junta nacional, y aún cuando no hace igual declaración explícita, respecto del de las otras juntas, es indudable que tales cargos, entran en las disposiciones comunes á los puestos concejiles, que solo son renunciables por determinadas causas. La ley, de otro lado, dispone que los miembros de las juntas departamentales no pueden ser elegidos senadores por los departamentos respectivos, y que los de las juntas provinciales no pueden serlo para las diputaciones, de donde resulta que un nombramiento irrenunciable, priva del derecho de elección, lo que no es justo y puede dar lugar á graves abusos. Debe, pues, declararse causa de escusa y de renuncia, la condición de candidato, fácil de comprobar por medio de actas suscritas por determinado número de electores.

Respecto de la penalidad, la ley señala los delitos genéricamente y los castiga en la misma forma y con penas excesivas. Hechos, que en las legislaciones de los demás países se penan con un año de prisión, nuestra ley los castiga hasta con cuatro años. La desproporción de las penas, aparte de la injusticia que encierra, las hace ineficaces, por la natural tendencia á eludirlas, á causa de esa misma injusticia.

Este breve estudio que hemos hecho de la ley electoral, nos lleva á este resultado: los principios sustanciales en que descansa son buenos y convenientes, pero en su aplicación práctica, es gravemente defectuosa é impracticable.

CAPITULO VI

OTROS DERECHOS POLÍTICOS

Art. 39. Todo ciudadano puede obtener cualquier cargo público, con tal que reuna las calidades que exija la ley.

Atr. 13. Todo peruano está autorizado para entablar reclamaciones ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, ó ante cualquiera autoridad competente, por infracciones de la constitución.

El principio de la igualdad política, en efecto, exije no solamente que se declare á todos, salvas las exclusiones necesarias, el derecho de elejir á los funcionarios oficiales, sino que pueda recaer la elección en todos, sin más excepciones que las que resultan de la evidente ineptitud. La igualdad, para el efecto de ser elegido ó nombrado, es así, tanto un derecho del favorecido como del elector, á quien no se debe restringir su poder de votar.

La elección activa y la elección pasiva se complementan recíprocamente, y constituyen un sólo derecho político, que es la fuente del régimen representativo, y mediante el cual, la colectividad elije dentro de sí misma, á los que deben ejercer el gobierno directo.

El artículo 39 de la constitución se refiere, en consecuencia, á los cargos públicos que significan el ejercicio de la autoridad; á las funciones oficiales propiamente dichas, que son las de dar la ley, ejecutarla y administrar la justicia. La obtención de tales cargos es así especialmente política, y es por eso que corresponde á los ciudadanos, que reunan las condiciones de aptitud, que la misma constitución y las leyes determinan en cada caso.

No se trata solamente de los que ejercen la autoridad pública en los primeros grados de su organización gerárquica; aún los que la ejercen en los grados inferiores ó subordinados de los primeros, y á quienes éstos nombran, son partícipes del ejercicio de la autoridad y de la jurisdicción, y tal participación es, por lo mismo, inherente á la ciudadanía.

No es fácil determinar teóricamente los cargos públicos que importan ejercicio de autoridad, en los diversos ramos del poder público, y es por esto que la constitución y las leyes que organizan los poderes, deben determinarlos. Si no hay dificultad para tal determinación, tratándose de los poderes legislativo y judicial, tal dificultad existe respecto del ejecutivo que ejerce autoridad política, administrativa y militar, mediante una organización extensa y compleja. Las leyes deben ser pues, explícitas á este respecto.

Los demás empleos ó comisiones, que no significan ejercicio directo de autoridad, no están reservados, ni tienen porqué estarlo, á los ciudadanos. Pueden en consecuencia, ser nombrados los extranjeros, los menores de edad, con consentimiento de sus padres, y las mujeres para los empleos que no sean incompatibles con su sexo.

Al hacer el estudio de la organización especial de los poderes oficiales, señalaremos los cargos para los cuales es necesaria la condición de ciudadano, y los que requieren la ciudadanía por nacimiento.

*
* *

La elección, bajo su doble aspecto de elejir y ser elejido, es como hemos indicado, la fuente del régimen representativo; pero este régimen no queda totalmente implantado, cuando se cumple la función electoral. La opinión del país debe ser tomada en cuenta por los poderes oficiales, y para que esa opinión tome formas concretas, se propague, se robustezca y lleve sus aspiraciones á las decisiones del poder público, son nece-

sarias otras funciones ó derechos políticos, tales como el de reunión, mediante el cual se organizan los partidos, la libertad de la prensa política, que les sirve de órgano de propaganda, y las peticiones individuales y colectivas.

No es necesario que la carta declare especialmente estos derechos políticos, porque ellos están comprendidos en las fórmulas generales de los derechos individuales consignadas en la misma.

*
* *

La constitución, sin embargo, consigna en el artículo 13, el derecho de petición de órden político, con el especial objeto de propender á la observancia de la constitución.

Aún cuando la constitución no emplea aquí la palabra ciudadano, es indudable que no se trata de los derechos individuales de petición y de acusación, que corresponden á todo hombre sin distinción de nacionalidad, para reclamar de toda infracción constitucional que dañe sus derechos: lo que declara este artículo, es el derecho *político* de petición que corresponde al ciudadano, como miembro del estado, para pedir el cumplimiento de la carta, en todo caso de infracción y con independencia de la responsabilidad del infractor, aún cuando ella no le afecte personalmente.

CAPITULO VII

DE LOS PODERES PÚBLICOS: SU SEPARACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD

Art. 43. Ejercen las funciones públicas los encargados de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que ninguno de ellos pueda salir de los límites prescritos por esta Constitución.

Art. 12. Nadie podrá ejercer las funciones públicas designadas en esta constitución, si no jura cumplirla.

El artículo 43 se separa de la forma defectuosa de la delegación empleada en el artículo 3: no son aquí ejercicio de la soberanía, sino funciones públicas los actos de los poderes oficiales.

La nomenclatura que de estos poderes hace nuestra constitución, es la universalmente adoptada.

En la primera edad de los pueblos, casi no es posible encontrar con precisa distinción, las funciones que la autoridad debe ejercer, ó sea los poderes públicos. "El soberano, rey ó pueblo, los tiene estrechados en su mano poderosa, y se doblegan bajo el imperio de su voluntad única."

El desenvolvimiento natural y necesario de las ideas y de los intereses, trae consigo la seperación lenta de esas funciones, y la saludable limitación del poder de esa voluntad exclusiva. "El soberano, agobiado con el peso de deberes que sobrepasan á sus fuerzas, y que no puede desatender sin dar lugar á quejas importunas, aún para el despotismo; falto de apoyo, de instrumentos y de consejos; extraviado por la ignorancia ó por pasiones que no reconocen freno; marcha al acaso,

lo guía su capricho y no retrocede ni ante la violencia. Los súbditos se alarman, reina la arbitrariedad, y un malestar universal turba los espíritus."

"Para aligerar tan pesado fardo; para disipar las alarmas, restablecer el movimiento, prevenir las resistencias, se concede la protección de una autoridad especial, para aquello que es más caro á los ciudadanos: su propiedad, su libertad personal, su vida. Sustraer estos preciosos bienes á las incertidumbres de una voluntad movible, es la necesidad que más pronto y más vivamente se deja sentir. El órden judicial queda fundado. Por el establecimiento de los tribunales, los pueblos entran en la vía de las instituciones regulares, y se inician en los beneficios de la separación de los poderes."

"Aplicar la ley, tal es la misión de los tribunales; pero si la ley es arbitraria, si el juez obedece á una regla incesantemente variable, la seguridad que los tribunales ofrecen es ilusoria é incompleta. Es preciso pues, como consecuencia del establecimiento judicial, dar á la ley duración, marudez, y hacerla estable para que su aplicación sea firme y segura. Con este objeto se la rodea de formalidades particulares, se la prepara con más cuidado, se la somete á un exámen más reflexivo, á más séria prueba; se la publica con solemnidad, y se la preserva de este modo de fáciles cambios. Aún cuando quede todavia como atributo del jefe del estado, ella toma una forma propia, que prepara una separación más completa."

"Más tarde, cuando las instituciones políticas se fundan, el derecho de hacer las leyes deja de pertenecer al rey exclusivamente, y se divide entre él y las asambleas que representan á la nación. En algunas circunstancias, por un desmembramiento absoluto, ese derecho pasa por completo á las asambleas, y el jefe del estado no participa de su ejercicio, sino por la iniciativa si se le acuerda, y por el veto más ó menos absoluto."

"Dos poderes, el poder legislativo y el poder judi-

cial se desprenden y adquieren una existencia propia: al monarca se le reserva solamente el poder ejecutivo, es decir el cuidado de ejecutar las leyes, aquellas al menos cuya aplicación no corresponde al poder judicial, y de gobernar á la nación bajo su autoridad."

Tal es el cuadro del desenvolvimiento histórico de los poderes públicos, que con notable acierto nos traza M. Vivién. La suma de la autoridad en manos de un monarca absoluto: el poder judicial, la primera desmembración de esa autoridad sin límites, porque las garantías que ofrece una justicia independiente, son las más prontamente reclamadas por los súbditos, como que se trata de sus más caros intereses, la vida, la propiedad, la libertad; el poder legislativo, en seguida, para dar á la ley el acierto y la estabilidad necesarias para que la conservación de los derechos sea sólida y estable; finalmente el poder ejecutivo, limitado á las funciones de gobierno y de administración, bajo el imperio de las leyes.

En el órden de las ideas, debemos colocar en el primer término al poder legislativo: cuya misión es fijar las reglas á que debe subordinarse la libertad de cada uno, y la acción de la autoridad misma. En segundo lugar al poder ejecutivo, encargado del cumplimiento de esas leyes en general; y por último al judicial, que aplica las de carácter privado para resolver las diferencias entre los particulares, y para juzgar los delitos.

*
* *

El principio de la separación de los poderes públicos, consignado en el artículo 43 de la carta, es un dogma político que todos aceptan. Nadie mejor que Montesquieu lo demuestra en la siguiente página de su libro, que trascriben todos los tratadistas.

"La libertad política del ciudadano, es esa tranquilidad de ánimo, que procede de la convicción que cada uno tiene de su seguridad; y para que se tenga esta

libertad, es necesario que ningún ciudadano tenga nada que temer de otro ciudadano."

"Cuando en la misma persona ó en el mismo cuerpo de magnates, están reunidos el poder legislativo y el poder ejecutivo, no hay libertad, porque se puede temer, que el mismo monarca dicte leyes tiránicas, para ejecutarlas tiránicamente."

"Tampoco hay libertad, si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo. Si está unido al legislativo, la autoridad sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, sería arbitraria, pues el juez sería legislador. Si está unido al ejecutivo, el juez tendría la fuerza de un opresor."

"Todo se perdería si el mismo hombre ó el mismo cuerpo de magnates ó de nobles ó de pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutarlas, y el de juzgar los crímines y los litigios de los particulares."

La separación de los poderes no significa su divorcio. Si cada uno actuara con entera independencia de los otros, su autoridad no tendría límites y sería imposible la unidad de propósitos, que exije el objeto común de todos, que es la seguridad de los derechos y el interés de la colectividad. La separación necesaria y conveniente, es aquella que, conservando sustancialmente á cada uno sus atribuciones especiales establece, sin embargo, entre ellos vínculos tales, que impiden la ilimitación de su autoridad y hacen de tales órganos, un todo armónico, apropiado para la realización de su objeto común.

*
* *

Esta organización armónica de los poderes oficiales, es el más trascendental y difícil de los problemas que la ciencia política tiene que resolver.

En la vida real de los pueblos modernos, ese justo equilibrio entre los poderes públicos, casi no existe. El predominio del poder legislativo es un hecho general:

y las tendencias del parlamentarismo á acrecentar su preponderancia se dejan sentir en todos los pueblos.

No es difícil señalar las causas generales y especiales del régimen parlamentario y de sus avances.

La constitución, en primer lugar, no puede distinguir las materias que deben quedar bajo la competencia de la administración. Aún en la teoría, esa distinción presenta insuperables dificultades, y las reglas que á este respecto pueden establecerse, no son igualmente aplicables á todos los países, porque es asunto, y en gran manera, de órden práctico. Los dominios del poder legislativo, en consecuencia, no están y no pueden estar delimitados.

Al poder legislativo, además, corresponde la facultad de hacer efectiva la responsabilidad de los encargados del poder ejecutivo: esto es, de los ministros solamente en la forma monárquica, ó de estos y del presidente en la república. Esta facultad, por si sola, es bastante, para establecer un marcado predominio de las cámaras sobre la administración, y si á ella se agrega la vigilancia é inspección constantes, para el cumplimiento de la constitución, establecidas en nuestra carta, esa preponderancia aumenta notablemente.

El poder de dar las leyes es por la naturaleza de las cosas, superior al que ejercen los que las cumplen y las aplican; y ese poder, con la conciencia de esta superioridad, moviéndose en un campo sin fronteras, investido con la autoridad de juez irresponsable, ejerciendo la inmediata representación de la voluntad de la nación que lo elije, y animado de la inevitable tendencia de todo poder, de acrecentar su autoridad, ese poder se sobrepone á los demás, y es el primero en el organismo del estado.

A estas causas, comunes á todas las formas políticas y de carácter general, agréganse otras especiales, que han originado, conservan y aumentan el poder de los parlamentos.

Destruido el régimen del absolutismo monárquico, por el triunfo de las libertades y del dogma de la so-

beranía nacional, el principio de la representación de la voluntad de la nación en el gobierno, debía ser base de la organización de éste. La aplicación del principio representativo, exijía la elección de los representantes en las asambleas, y la del jefe del poder ejecutivo, y la república moderna, fué asi el resultado lógico del advenimiento del gobierno representativo.

Otra forma política, sin embargo, se elaboró lentamente, como resultado de una transacción entre ambos régimenes: la monarquía constitucional. En ella se conserva al monarca dinástico, perpetuo é irresponsable, y para dar cabida al principio representativo, el poder ejecutivo se confió realmente á un ministerio responsable; las cámaras representativas, forman los ministerios, les trazan su senda política, administran por medio de ellos, y los hacen caer retirándoles su apoyo. Este es el régimen del gobierno de los parlamentos por medio de los gabinetes.

No se descubre la necesidad de los gobiernos parlamentarios ó de gabinete en las repúblicas, donde el presidente es, como los miembros de las asambleas, elejido por el pueblo, para un breve periódo y responsable ante las cámaras; sin embargo, las repúblicas americanas, con excepción de los Estados Unidos, lo han introducido en sus constituciones.

Según éstas, las cámaras se entienden directamente con los ministros; estos dán á aquellas cuenta de sus actos, y los informes que les pidan en todo órden de asuntos; son llamados á los debates é interpelados, y las cámaras declaran que han perdido la confianza pública y los separan del gobierno. Este predominio de las cámaras sobre el ministerio, lo es sobre el poder ejecutivo, porque la refrendación ministerial es necesaria en todo acto de este poder.

El gobierno parlamentario existe, pues, en el Perú, como consecuencia de las causas generales, que dan predominio al poder legislativo en todas las formas políticas, y de la especial de haber adoptado las institu-

ciones que, en las monarquías, hacen posible la representación en el poder ejecutivo.

*
* *

El exceso del régimen parlamentario, es la destrucción del principio de la separación de los poderes, y trae todos los inconvenientes y peligros que resultan de su concentración. Es por esto que el parlamentarismo, es hoy la más seria preocupación de los tratadistas y de los hombres de estado, y se explica bién que lo sea, porque esos inconvenientes y peligros aumentan, á medida que los intereses sociales crecen y se complican; que las relaciones internacionales se hacen más graves y que el régimen de la paz armada, con sus innúmeras legiones, antagónicas de la democracia, extiende su imperio en el mundo.

El gobierno de los pueblos, hoy más que antes, es una inmensa labor de ciencia, de reflexión, de tradiciones y de calma, y no pueden por lo mismo gobernar los ciudadanos, ni reunidos en comicio en la plaza pública, ni genuinamente representados con sus apasionamientos y sus veleidades en las asambleas numerosas.

El parlamentarismo ha perdido mucho de su antiguo prestigio, de ese prestigio justamente mantenido, mientras se trataba solamente, en las luchas entre los tories y los whigs, de formar el gabinete inglés, para alternarse en el gobierno, con sus propósitos y su política seculares, pero desde que nuevos partidos, nuevos intereses, nuevas corrientes, han aparecido y continúan apareciendo en los parlamentos, los inconvenientes del parlamentarismo son tales, que hicieron exclamar á Gladstone, "todo es vergüenza y confusión."

No es nuestro ánimo señalar los inconvenientes del parlamentarismo en el Perú: esa investigación se hace con más acierto, en el escenario mismo de la política práctica, por la observación de los hechos, terreno muy accidentado, por el que no debemos aventurarnos en nuestra marcha de estudiantes.

*
* *

El principio de la constitucionalidad es otra de las bases de la organización política segun el mismo artículo 43.

El régimen constitucional, fué el resultado del triunfo de las libertades individuales y del principio de la soberanía nacional, sobre el absolutismo monárquico y el sistema del previlegio.

La determinación precisa de esas libertades, aclamada en una lucha secular, hizo necesario un instrumento escrito que diera forma precisa á las ideas, y marcara la línea de separación entre la libertad y el poder. Ya hemos dicho, además, que el imperio de la constitucionalidad nunca puede ser suspendido tratándose de las libertades individuales.

En el órden de la organización política, que es del que ahora tratamos, el principio de la constitucionalidad es igualmente importante. Su imperio es la única garantía dada á las minorías contra las mayorías que gobiernan; lo es de la limitación de la autoridad de cada uno de los poderes oficiales respecto de los otros, porque la constitución señala, en cuanto es posible, sus líneas de fronteras y precisa sus atribuciones respectivas: la constitucionalidad es el órden en el organismo político, y el órden y la regularidad son necesarios en todo momento de la vida del estado.

*
* *

Para que el principio fundamental de la constitucionalidad en el órden político, que todas las constituciones proclaman, no sea una vana declaración sin aplicación práctica, son necesarias varias condiciones.

La constitución y sólo ella debe ser la fuente de toda autoridad. Es ella la que debe declarar en consecuencia, cuáles son los poderes públicos, y los órganos constitutivos de cada uno; establecer las reglas fundamentales de la elección ó nombramiento de los funcionarios, determinar las condiciones de los electores y de los eligibles, y las incompatibilidades; y precisar en cuanto es posible las funciones de cada poder.

Es necesario, en segundo lugar, que la misma constitución, dé á cada uno de los poderes los medios, ó facultades conservadoras, para impedir que los otros invadan el círculo de sus funciones. Estas facultades, más ó menos imperfectas é incompletas, son las de que, conforme á las constituciones, goza la corona en las monarquías por la disolución de las cámaras y el veto, y de este con el carácter de suspensivo, el presidente en las repúblicas. Las cámaras, ejercen á su vez el voto de censura, y hacen efectiva la responsabilidad de los funcionarios que ejercen los otros poderes etc. etc. Estas facultades ó medios de defensa recíproca de los poderes, deben ser convenientemente distribuidos entre ellos para asegurar su separación y su sometimiento á la carta, que es la regla suprema á que todos deben sujetarse.

Es necesario finalmente, que la constitución no solamente no sea violada, sino que no sea reformable por ninguno de los tres poderes oficiales. Otro poder, otro órgano más próximo de la opinión nacional, debe ser el que opere la reforma de las disposiciones constitucionales.

De las dos primeras de estas condiciones nos ocuparemos al tratar de la organización especial de cada poder, y de la última, al comentar, al fin de nuestro estudio el artículo 131 de la constitución.

*
* *

La prestación del juramento de obediencia á la constitución por los encargados de las funciones públicas, es de uso universal. Dada la comun creencia en Dios y en su justicia, se vé en la invocación de él, la más sólida garantía del cumplimiento de la promesa.

Las leyes establecen las fórmulas y ritualidades del juramento.

CAPITULO VIII

DE LOS ACTOS NULOS

Art. 10. Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos designados por la constitución y las leyes.

Es consecuencia precisa del régimen legal, que proclama la constitución en sus artículos 3 y 43, la nulidad de los actos de los que usurpan el poder público, ó cuyo título no es válido.

Esta nulidad, es uno de los más graves problemas en el órden internacional como en el político.

El derecho internacional lo tiene resuelto, en la parte que le respecta, y en consecuencia, por generales que sean los términos que la constitución emplea, ellos no destruyen los preceptos del derecho internacional, universalmente admitidos. Según éstos, son indestructibles los tratados y los actos de los gobiernos, que realmente han ejercido la autoridad pública en todo ó en la mayor parte del territorio y que en consecuencia, han sido reconocidos por los gobiernos extranjeros. Es por esto que las leyes de 25 de octubre de 1886 y 29 de diciembre de 1895, que declararon la nulidad de los actos de gobiernos anteriores, explícitamente se refieren á los actos gubernativos *internos* y á las leyes de carácter *interno*.

En el órden del derecho interno, tampoco es ni puede ser absoluta la nulidad.

Adviértase que se trata aquí, de la nulidad proveniente del carácter ilegítimo del gobierno que practicó

tales actos, y no de la que resulta de un vicio del acto mismo: se trata de actos legales en sí, pero practicados por gobiernos ilegítimos.

Esta nulidad, decimos, no es absoluta. La mencionada ley de diciembre de 1895, establece en parte la verdadera doctrina. "Esta declaración de nulidad, dice, (de las leyes y resoluciones dictadas por el congreso inconstitucional de 1894) no se refiere á las leyes y resoluciones legislativas, que por haber producido ya todos sus efectos carecen de aplicación al presente, pero si comprenderá, á las que están aún pendientes, ó sean una consecuencia natural de las anteriores." Y refiriéndose á los actos gubernativos, reproduce la misma regla, "la declaración de nulidad, dice, no se refiere á los actos que conforme al artículo 1º hubiesen ya surtido todos sus efectos." Esto significa, en último análisis, que los hechos consumados son indestructibles; y no puede ser de otro modo, porque en la generalidad de los casos, hay imposibilidad de destruir lo realizado, y aún cuando la posibilidad existiera, el desconocimiento de un órden de hechos, del cual se han derivado derechos, intereses, relaciones, que afectan á la sociedad ó á los individuos inculpables, sin duda, del establecimiento del régimen ilegal é impotentes para destruirlo, envolvería una injusticia. Los males que resultarían de ese desconocimiento, que nunca podría ser general, serían mayores que los que resultan de aceptar lo consumado.

Con el mismo criterio, se ha entendido la nulidad de los ascensos militares, nombramientos y cédulas de empleados. Se cancela el ascenso, el título y la cédula, pero no se exije la devolución de la renta, y se revalidan la cédula y el título si existe el derecho en los que los obtuvieron.

La misma doctrina consagra la ley que nos ocupa, respecto de los contratos. "La declaración de nulidad dice, no se refiere á los contratos celebrados por los gobiernos ya citados, contratos que, según sus especiales circunstancias, serán judicial ó administrativamen-

te rescindidos, salvo que el poder ejecutivo, crea conveniente continuarlos, en cuyo caso, queda autorizado para acordar con los contratantes, las modificaciones que creyere necesarias." Rescindir es poner término á lo existente sin destruir lo anterior: lo consumado, pues, á mérito de esos contratos es indestructible.

En suma, la ley viene á aclarar el verdadero sentido del precepto constitucional: los actos de los que ilegalmente ejercen el poder público son revocables: sus efectos consumados no se destruyen, pero dejan de producirlos en lo posterior, y la revocación ó insubsistencia debe ser pronunciada, puesto que no hay, según hemos visto, nulidad absoluta ó inexistencia.

*
* *

No obstante lo expuesto, no pueden ocultarse las dificultades que ofrece la cuestión de que nos ocupamos. ¿Debe pronunciarse la revocación en todo caso? ¿Quién la pronuncia?

No olvidemos, que se trata de los actos practicados y de las disposiciones expedidas por los poderes públicos, que realmente han imperado en el país, aunque con un título vicioso. El régimen ilegal, puede haber sido el resultado de una revolución popular, aceptado por consiguiente por el país, y después del cual se ha entrado en el orden regular. Es indudable que los actos, y disposiciones de aquel régimen, creado y aceptado por la nación son válidos y subsistentes. No pocos ejemplos nos presenta nuestra historia, de gobiernos de hecho, cuyos actos han sido totalmente respetados, y entre otros, la dictadura de Castilla del año 55 y las juntas de gobierno de los años 85 y 94.

Pero quién juzga de la popularidad del régimen irregular? quién decide de la conveniencia ó de la necesidad de mantener tales ó cuales actos y disposiciones? Sólo el poder legislativo, representante más inmediato de la opinión, debe tan pronto, como el órden regular se restablece, decidir esplícitamente sobre la va-

lidéz ó nulidad de lo hecho bajo el régimen anterior, ya se trate de leyes, disposiciones ó actos administrativos. El poder ejecutivo sólo deberá hacerlo transitoriamente, tratándose de actos ó resoluciones, que por su objeto, entran bajo su competencia, y cuando así lo exijan imperiosamente los intereses públicos ó particulares.

*
* *

Respecto de la jurisdicción, la doctrina legal descansa en los mismos principios que acabamos de establecer.

El artículo 1,649 del código de enjuiciamientos civil declara que es resolución nula:

"La sentencia pronunciada por el que no es juez, sea porque no tuvo nombramiento, ó porque se declaró nulo el que tenía. Lo es igualmente la que expida un juez removido ó suspenso. En estos casos *la declaración de nulidad del nombramiento,* la suspensión ó remoción debe preceder al fallo ó sentencia de cuya nulidad se trate."

Y el inciso 7º del artículo VI del reglamento de tribunales dice:

"Por declararse nulo el nombramiento del juez ó magistrado, no se invalidan los actos judiciales en que estos hubiesen intervenido, hasta la fecha en que se les notifique la sentencia de su destitución que cause ejecutoria."

El código penal designa y castiga el delito de usurpación de autoridad en sus diversas formas.

CAPITULO IX

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Art. 11. Todo el que ejerce cualquier cargo público, es directa é inmediatamente responsable por los actos que practica en el ejercicio de sus funciones. La ley determinará el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

Los fiscales son responsables, por acción popular, si no solicitan el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

La responsabilidad de que aquí se trata, es la que pesa sobre los que ejercen las funciones públicas en sus diversos ramos y grados gerárquicos. Es esa responsabilidad, la que entra en el dominio del derecho político, cuyo objeto es la organización del gobierno del estado.

La responsabilidad jurídica de todo el que daña á otro, es principio universal, y en el orden político, es la principal garantía de los derechos individuales y colectivos, cuya seguridad es el fin del estado.

Las legislaciones civil y penal establecen la responsabilidad en todo orden; distinguen la simplemente civil, que consiste en la indemnización del daño, y la criminal ó mixta, que cabe, cuando éste es el resultado de un acto penado por la ley. La legislación penal debe preveer y castigar todos los actos punibles en que pueden incurrir los funcionarios públicos, y establecer la manera de proceder para su castigo.

Es por esto que, la responsabilidad de los funcionarios, por regla general, es asunto de orden legal; sin

embargo, corresponde á la constitución: 1º bajo el régimen de la república, la declaración de la responsabilidad, sin excepción alguna, y por consiguiente la del jefe del poder ejecutivo, que en las monarquías es irresponsable y 2º en toda forma de gobierno, la declaración de la responsabilidad *directa é inmediata* de los que incurren en ella, sin que sea necesario el consentimiento de ninguna autoridad superior.

Estas dos declaraciones son las que consigna el artículo 11 de la carta. Todos son responsables en nuestro régimen republicano, y en cuanto al tiempo y la manera de hacer efectiva la responsabilidad, establece la constitución excepción, respecto del presidente de la república, de los miembros de ambas cámaras, de los ministros de estado y de los vocales de la corte suprema. Al ocuparnos de la organización especial de los poderes públicos, trataremos de estas formas especiales, relativas á estos altos funcionarios públicos.

*
* *

Respecto de todos los demás funcionarios, lo que significa la declaración constitucional es, que incurre en responsabilidad el agente que practica el acto abusivo, sin que lo excuse la obediencia del superior, á no ser que concurran determinadas circunstancias que la ley debe expresar; que contra el ejecutor puede procederse directamente, sin necesidad de obtener para ello el consentimiento de ninguna autoridad superior, é instaurar el procedimiento, inmediatamente después de practicado el acto.

Esta declaración constitucional encierra, pues, la grave cuestión de la obediencia pasiva. No puede desconocerse la necesidad de la obediencia gerárquica, entre los que ejercen los cargos públicos: sin ella sería imposible la existencia del poder público; y en el orden militar, es la base de la existencia de la fuerza pública. Pero la obediencia no es ni puede ser absoluta, si

no se quiere "lanzar sobre la sociedad humana, instrumentos de arbitrariedad y de opresión, que el poder ciego ó furioso puede desencadenar á su capricho." Estos dos principios, el de la responsabilidad directa y la obediencia gerárquica, no son inconciliables. La legislación pénal encuentra esa conciliación, declarando que no existe delito, cuando el ejecutor procede en virtud de orden emanada del superior á quien debe obediencia por la ley; el hecho ordenado se encuentra dentro de las atribuciones de este, y la orden reviste las formas externas que la ley establece para que sea obedecida. Así lo hace nuestro código penal del mismo modo que todas las legislaciones.

En la constitución de Bélgica existe el principio de la responsabilidad en estos términos:

"No es necesaria ninguna autorización previa, para proceder contra los funcionarios públicos por hechos de su administración, salvo lo establecido respecto de los ministros," y el artículo 151 del código penal belga dispone que: "Si el acusado justifica que ha obrado por orden de sus superiores, en asuntos de su competencia, y respecto de los cuales les debía obediencia gerárquica, las penas establecidas por los artículos precedentes, se aplicarán solo á los superiores que hayan dado la orden."

*
* *

La disposición contenida en la segunda parte del artículo 11 de la carta, está fuera de lugar porque no es de orden constitucional.

La intervención de los fiscales en los juicios criminales, es asunto de la competencia exclusiva de los códigos penales. Son éstos los que determinan cuando y como tiene lugar esa intervención, y la constitución no debe invadir el terreno de los códigos.

*
* *

La ley de responsabilidad de los funcionarios públicos, de 28 de setiembre de 1868, contiene sustancialmente las disposiciones siguientes:

Los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus cargos, infringen la ley, son responsables civilmente, si la infracción proviene de ignorancia ó descuido, y civil y criminalmente si proviene de prevaricato, soborno ó otra causa criminal;

La responsabilidad criminal puede exigirse de oficio, á solicitud de la parte agraviada ó de cualquiera del pueblo, en los casos que conforme á la constitución producen acción popular;

Determina la ley cuando las cortes superiores y los jueces de 1ª instancia deben iniciar el juicio de oficio, y declara que los fiscales y agentes fiscales, están estrictamente obligados á promover el juicio de responsabilidad, contra los empleados que hayan puesto en peligro la seguridad del estado, invertido el orden constitucional ó dañado la hacienda pública;

Cualquier individuo, interesado personalmente en el hecho de que es responsable un funcionario, ó sus parientes, conforme al código penal, puede acusar por sí ó por apoderado.

La acusación puede hacerse en cualquiera época mientras no esté prescrita.

Ninguna de estas disposiciones contiene nada distinto, de lo que es materia de la legislación penal general. En los códigos están determinados los hechos que constituyen los delitos y las faltas en general y los que, en particular pueden cometer los funcionarios públicos; la acción é intervención del ministerio público, las acciones de los particulares, los casos de acción popular, y el tiempo de la prescripción.

Esta ley pues, en todo lo que dejamos expuesto es de escasísima importancia, y no llena en manera alguna los vacíos de nuestra legislación en tan grave materia.

CAPITULO X

DE LA FORMA DE GOBIERNO

Art. 42. El gobierno del Perú es republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad.

Las constituciones de los años 23 y 26 declaraban lo siguiente:

"El gobierno del Perú es popular representativo."

Creían nuestros congresos constituyentes expresar en esta fórmula, su teoría sobre la soberanía popular, según la cual, el derecho de gobernar corresponde al pueblo, por medio de los mandatarios ó comisarios, á quienes elige periódicamente, y les *delega todo* el ejercicio del gobierno.

La comisión encargada de formular el proyecto de la constitución del año 23, se expresaba así:

"Ciertamente, señor, los pueblos no pueden recibir leyes sino de sí mismos, ni ser regidos por otros poderes, que los que libre y expontáneamente designan. Por que si la ley es el resultado de la voluntad general, el gobierno es el medio de reducirla á práctica, sin la cual, poco importarían las deliberaciones mas profundas. No hay duda; por el gobierno popular representativo, está el pueblo en el contínuo ejercicio de sus derechos, de una manera que, evitando la confusión en los actos administrativos, está presente á ellos por medio de sus comisarios."

No se creía necesario hablar explícitamente de república, por que según las ideas dominantes entonces entre nosotros, el principio representativo suponía la re-

pública, y era inconciliable con la monarquía. "Sería una imprudencia, decía la comisión, que malogrando esta oportunidad los peruanos, la única seguramente que puede presentárseles, para apartar en tiempo y con provecho, todos los males, que es sabido, traen los gobiernos fundados sobre derechos especiales, se vincularan otra vez, bajo una monarquía, con el denigrante título de vasallos."

Cuando se declaró nula la constitución vitalicia del año 26, y se desaprobaron los tratados de límites y de federación celebrados con Bolivia, se consignó en la constitución del año 28, como ya hemos dicho, la prohibición de celebrar unión ó federación que se oponga á la independencia, y se consideró conveniente, para prevenir tales propósitos de federación, ampliar la fórmula del gobierno en estos términos:

"La nación peruana, adopta para su gobierno la forma popular representativa, consolidada en la unidad."

La misma se empleó en la constitución del año 34.

En la del 39, se agregaron los calificativos de responsable y alternativo. Se presentía ya, que la monarquía constitucional no es incompatible con el principio representativo, y para delinear mejor la forma republicana, se expresaron como calidades características de ella, la alternabilidad y la responsabilidad y se consignó esta fórmula:

"El gobierno de la nación peruana es popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo."

En el año 56,no se ignoraba que las monarquías constitucionales de Europa, como Inglaterra,Bélgica, Italia, España, descansan en el régimen representativo mediante el sistema parlamentario, y los constituyentes de ese año, se decidieron, por fin, á emplear la palabra república; sustituyeron el calificativo popular con el de democrático, y suprimieron las palabras responsable y alternativo. La fórmula quedó así:

"El gobierno de la república es democrático, representativo, basado en la unidad."

Los reformadores del año 60 la modificaron en los términos del art. 42.

*
* *

Hay, sin duda, redundancia en los términos de esta declaración.

El derecho moderno ha simplificado las ideas y las formas políticas. Abolido el gobierno absoluto, por el triunfo de la libertad civil y de la soberanía nacional, todo gobierno, en el mundo civilizado, descansa hoy sobre la doble base de la constitucionalidad y de la representación. El régimen representativo, es la consagración de la democracia ó sea del gobierno del pueblo por si mismo, mediante la elección de funcionarios alternativos y responsables.

La aplicación de este régimen al poder ejecutivo, por la elección de un presidente alternable y responsable, constituye la república.

En la monarquía constitucional, se conserva el monarca dinástico, perpetuo é irresponsable, y para que el principio representativo impere en el órden ejecutivo, se ha establecido, como ya sabemos, el régimen parlamentario, según el cual el gobierno es realmente ejercido por el ministerio y no por el monarca que "reina pero no gobierna."

Las mayorías parlamentarias imponen los ministerios; les trasan su senda política: los sujetan á sus deliberaciones y los hacen caer privándolos de su apoyo. Este régimen, es el gobierno total de los parlamentos por medio de los gabinetes.

La república, con su presidente periódico elegido por el país, y representante por consiguiente de su opinión, que no ha de menester, sin duda, del parlamentarismo, y la monarquía parlamentaria con su gobierno de gabinete, son pués las dos formas políticas que ofrece el régimen representativo.

Si la representación es la aplicación al órden real del principio democrático, y si la república es una de

las formas del gobierno representativo, es evidente que hay doble redundancia, en la fórmula que nuestra constitución contiene.

Lo que hay de especial en la forma republicana, adoptada por los estados americanos, es, con excepción de los Estados Unidos, la implantación del régimen parlamentario, como ya lo hemos manifestado.

El Perú pués, está organizado en república parlamentaria.

Aún cuando la federación y el unitarismo, no son formas políticas, sino maneras de existir de los pueblos, de órden internacional, es de uso califar la república de unitaria ó federal.

CAPITULO XI

DE LA DUALIDAD DE CÁMARAS

Art. 44. El Poder Legislativo se ejerce por el Congreso, en la forma que esta constitución establece.

El Congreso se compone de dos Cámaras: la de Senadores y la de Diputados.

El principio de la dualidad de cámaras, tiene en su apoyo, la opinión de los más notables tratadistas, y la adopción casi unánime en los pueblos civilizados.

"Es necesario, decía Delolme, limitar la autoridad del poder legislativo, porque lo que el poder ejecutivo puede hacer paso á paso, esto es, infringir las leyes, el legislativo lo puede hacer en un instante: su voluntad decide de la existencia de las leyes y puede destruirlas con su simple querer. El poder ejecutivo, aunque único, puede ser fácilmente limitado, pero para limitar al legislativo, es necesario dividirlo, porque cualesquiera leyes que dicte para limitarse á sí mismo, esas leyes son respecto de él simples resoluciones; las barreras que él quiera poner á su propia acción, se apoyan en él mismo, están dentro de él, y por lo tanto, no son tales barreras."

"No me detendré, decía Boissy d'Anglas, ante la convención, en presentar los peligros inseparables de la existencia de una sóla asamblea: tengo en mi apoyo vuestra propia historia y el sentimiento de vuestras conciencias. Quién, mejor que vosotros, podría decirnos, cuál puede ser la influencia de un individuo, cómo las pasiones, que pueden introducirse en ella, las divisiones que pueden nacer, la intriga de algunos facciosos, la audacia de algunos malvados, la elocuencia de algu-

nos oradores, esa falsa opinión pública, de que es tan fácil investirse, pueden exitar movimientos que nada detiene, ocasionar una precipitación que no encuentra ningún freno, y producir decretos, que pueden hacer perder al pueblo su honor y su libertad, y á la representación nacional su fuerza y su consideración?"

"En una sóla asamblea la tiranía no encuentra límites, sino en sus primeros pasos. Si una circunstancia imprevista, un arranque de entusiasmo, un extravío popular le hacen vencer el primer obstáculo, no hay ninguno otro que la detenga. Se arma de toda la fuerza de representante de la nación contra ella misma; establece sobre una base única y sólida el trono del terror, y los hombres más virtuosos, pronto se ven forzados á sancionar sus crímines, á dejar correr ríos de sangre, antes de intentar una conjuración que derribe al tirano y restablezca la libertad."

Stuart Mill afirma que todo poder, á quien nada limita, pronto se hace tiránico: no tolera ningún obstáculo contra su voluntad arbitraria, hiere á las minorías y rompe toda resistencia. El despotismo de una asamblea, agrega, es más terrible que el de un monarca: á este lo detendrá á menudo, el sentimiento de su responsabilidad ante su pueblo ó ante la historia; mientras que en una reunión de hombres, este sentimiento no existe porque la responsabilidad es nula.

"En mi opinión, dice, es máxima fundamental de gobierno, que en toda constitución debe existir un centro de resistencia contra el poder predominante, y por consiguiente, en una constitución democrática, un medio de resistencia contra la democracia."

Laveleye, acepta estas consideraciones de Stuart Mill y agrega: "Esto es hoy más necesario que antes, porque la centralización coloca la dirección de todas las ruedas administrativas en manos del poder soberano. Suponed una asamblea única, que no encuentra en ninguna parte cuerpos independientes ni centros de resistencia legal, y tendréis la más perfecta organización del despotismo bajo el nombre de república."

Una segunda razón en favor de la dualidad, expuesta por Laboulaye y otros, es que ella evita la precipitación en la formación de las leyes. Los trámites que se observan para dictarlas, no son, bajo el régimen de la unidad de cámara, garantías suficientes para impedir la precipitación, y el error que puede ser su resultado, pues estos trámites pueden ser eludidos, con el pretesto de la urgencia del asunto.

Evita, además, la dualidad, que la pasión ó el interés de una asamblea única, sean los que determinen la existencia de la ley, por que una segunda cámara, no puede ser apasionada ni egoista por cuenta de la otra.

La doble discusión, agregan estos tratadistas, ilustra al pueblo: la repetición de las razones que apoyan la ley, hace que no se la olvide fácilmente: la instrucción que de aquí resulta, es indudablemente ventajosa.

"La discusión de la ley, dice Laveleye, es con frecuencia tan importante como la ley misma. No basta reclamar una reforma, lo importante es ganarle adherentes. Tal es el género de servicios que la cámara de los lores presta á Inglaterra. Ella rechaza una vez, dos veces, una medida votada por la cámaras de los comunes: se produce una agitación: el país se entusiasma por la reforma, y los pares concluyen por ceder. La oposición de los lores, dá popularidad á las medidas que desechan."

Las razones en que se apoya el principio de la dualidad, carecerían de fuerza, si las dos cámaras representaran idénticamente la misma opinión ó el mismo interés. Si ambas son la expresión genuina de la opinión popular, como sucedería si fueran las mismas la fuente electoral, las condiciones de elegibilidad y la duración del cargo, ninguna sería respecto de la otra límite de su autoridad, porque una opinión no es resistencia de sí misma. Tampoco se obtendría provecho de la doble discusión, puesto que en ambas cámaras dominarían los mismos criterios.

*
* *

El fraccionamiento de un mismo cuerpo en dos partes iguales, no llena, en consecuencia, los fines que con la dualidad trata de obtenerse. Es necesario que las cámaras, sobre la base común de la voluntad nacional, fuente de todo poder, representen, sin embargo, diversas manifestaciones de esa voluntad, ó tengan los medios de actuar sobre la opinión dominante en un momento, para modificarla en el sentido que los verdaderos intereses nacionales exijen.

"Las naciones como los individuos tienen dos voluntades: la voluntad de hoy y la voluntad de mañana que es la razón. Es preciso pues, dejar á los pueblos como á los hombres, el tiempo para la reflexión y este tiempo no puede serle dado sino por un exámen múltiple." Este gran propósito se alcanza, organizando la segunda cámara, de manera que en ella tengan voz y voz autorizada los grandes intereses nacionales, y raro será que, cuando se hable al pueblo á nombre de esos grandes intereses y le hablan sus propios representantes, el pueblo insista en una opinión, que adoptada sin exámen, arruinaría la hacienda pública, comprometería la paz del estado, ó detendría el progreso social.

Deben buscarse los medios que conducen á llevar á la cámara alta ó de senadores, la ilustración en todo órden de intereses, y esos medios se encuentran en el régimen electoral, en las condiciones de elegibilidad y demás reglas de su organización.

Estas verdades son de aplicación á todo los pueblos, y por eso las consignamos en su carácter general y abstracto, aún cuando nos estamos ocupando del estudio de nuestra carta.

*
* *

La constitución del año 23 establecía una sola cámara. La del 26 creaba tres cámaras: en este extraño régimen, la llamada cámara de censores era ademas, cuerpo conservador. La del 56, como ya sabemos,

creaba un congreso de representantes sobre una sola base electoral, unas mismas condiciones de elegibilidad, é igual duración, y en toda legislatura, se hacía una división material en dos partes iguales, por suerte, para que funcionaran separadamente, pero reuniéndose en caso de disidencia. La constitución del año 39, ha sido la que mejor ha aplicado el principio de la dualidad de cámaras.

CAPITULO XII

DE LA ELECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES

Art. 45. La elección de los Senadores y de los Diputados se hará conforme á la ley.

Art. 46. Se elegirá un Diputado propietario y un suplente por cada treinta mil habitantes, ó por cada fracción que pase de quince mil, y por cada provincia, aunque su población no llegue á este número.

Se fijará por una ley el número de Diputados que según este artículo, corresponda á cada provincia; y no podrá aumentarse sino por disposición previa del Congreso.

Art. 48. Se elegirán cuatro Senadores propietarios y cuatro suplentes, por cada Departamento que tenga más de ocho provincias:

Tres propietarios y tres suplentes, por cada Departamento que tenga menos de ocho y más de cuatro provincias:

Dos propietarios y dos suplentes, por cada Departamento que tenga menos de cinco provincias y más de una: y

Un propietario y un suplente, por cada Departamento que tenga una sola provincia ó por cada provincia litoral.

El artículo 45 de nuestra constitución es deficiente. No basta declarar que la elección de los representantes se hará conforme á la ley: es necesario consignar en la carta las bases fundamentales de la elección, ó sean las relativas al sistema directo ó indirecto,

publicidad ó secreto del voto y al poder calificador de la elección, puntos que nuestra carta olvida.

*
* *

Es indudable, que para la formación de la cámara de diputados, que en el Perú, como en todos los países regidos por el gobierno representativo es y debe ser el órgano de la opinión nacional, la única base electoral es la población. Ningún otro principio, ningún interés especial puede ser tomado en cuenta para la composición de esta cámara, porque se falsearía la base democrática de los gobiernos libres.

Los únicos problemas á este respecto son, el relativo á dar representación en la cámara á las opiniones de las minorías, punto del que ya nos hemos ocupado, y á la fijación de la unidad electoral.

Acerca del número, se ha dicho con mucho acierto, que á medida que las asambleas son más numerosas, es mayor el peligro del predominio de la pasión y del interes, por que aumenta la proporción de los miembros poco instruidos y experimentados. El ascendiente que logra alcanzar un orador elocuente, ó un intrigante astuto, es más eficaz y decisivo. Un solo tribuno arrastraba en pos de sí á un pueblo entero en las repúblicas antiguas, y una asamblea se asemeja más á un pueblo y participa más de sus pasiones, á medida que es más numerosa. En la apariencia es más democrática, pero en el fondo es más oligárquica, por su espíritu, sus tendencias y su manera de obrar.

Laveleye observa que, "no es á nombre de las minorías que se debe pretender una asamblea numerosa, porque si es deseable que todas las opiniones, aún las más extremas, estén representadas en el seno de los parlamentos, á fin de que todas sean juzgadas en el gran día de la discusión, no lo es menos, en provecho de los mismos partidos y del país, que tales opiniones tengan por órganos, á aquellos que las representen mas dignamente." La fuerza relativa de los partidos,

queda la misma, pero las minorías ejerceran más influencia, si son representadas por oradores elocuentes, en lugar de serlo por todo un grupo de hombres impacientes, indisciplinados, y que provocan la irritación de la mayoría."

***

En cumplimiento de lo ordenado en la segunda parte de éste artículo, se expidió la ley de 9 de febrero de 1863, que contiene el plan de los diputados, según el cual, su número ascendía á ciento uno, pero á consecuencia de la creación de otras provincias, el número de diputados es hoy mayor.

***

Según lo que tenemos expuesto en el capítulo anterior, el objeto que trata de alcanzarse con el sistema de la dualidad de cámaras, es que estas representen, no simplemente la voluntad, algunas veces apasionada é irreflexiva del pueblo, sino los verdaderos intereses nacionales, en nombre de los cuales puedan influir en esa voluntad y hacerla cambiar de rumbos. Esta labor de depuración corresponde á la alta cámara.

Para conseguir este fin es necesario, entre otros medios, establecer una fuente de elección diversa de la de cámara de diputados, por que como dice Laveleye. "Si se quiere asegurar al país, el servicio de hombres que sean los más aptos para dirigir bien los negocios públicos, es preciso dirigirse á otra parte que al sufragio universal."

En conformidad con este principio, los tratadistas y las constituciones, establecen muy diversos sistemas.

Uno de estos es, agregar á los senadores elegidos por los electores ordinarios, un número igual de representantes de los grandes intereses sociales, confiando su elección á las cámaras de comercio, las universi-

dades, el foro, las academias, el cuerpo médico, la diplomacia, las grandes industrias, etc.

Este sistema ha sido adoptado en España: sobre los ciento ochenta senadores por derecho propio y vitalicios, las corporaciones del estado eligen otros ciento ochenta, de entre los que desempeñan, ó han desempeñado altos puestos, ó sean miembros de las academias, ingenieros, catedráticos ó paguen altas contribuciones etc.

Otro sistema, es el de confiar la elección á electores que reunan calidades especiales. Este método ha sido establecido en Chile, por la ley de diciembre de 1874, que exige en los electores de senadores, las mismas condiciones que se requieren para ser diputado al congreso.

Un tercer sistema, que creemos el mas conveniente, es el que confia la elección totalmente ó en parte, ó hace intervenir en ella á corporaciones oficiales. En los estados federales como los Estados Unidos de Norte América, y la República Argentina, el senado federal es elegido por los congresos de los estados, y esta forma de elección da excelentes resultados. En los estados unitarios, y en los particulares de las federaciones, supuesta la descentralización administrativa, son los concejos ó juntas de las grandes divisiones territoriales, los que deben tener parte en la elección, ya en forma análoga á la que establecía nuestra constitución del año 28, ó ya eligiendo una parte de los senadores.

No existiendo esas juntas, debería adoptarse algún sistema análogo al de Chile.

El sistema que encarga la elección á las corporaciones científicas, comerciales, industriales, etc., supone un alto grado de adelanto social, hace muy numerosa la cámara, y sobre todo, no es, á nuestro juicio, la representación inmediata y concreta de cada ramo de la actividad social, lo que debe buscarse, sino la ilustración, y la competencia en general, la cual en-

cuentra sienpre en sí ó fuera de sí, el tecnicismo que es necesario para determinadas deliberaciones.

*
* *

En la constitución del año 28, que rigió hasta el año 34, los senadores eran 3 por cada departamento y su elección se hacía en esta forma: los colegios electorales de provincia, ó sean los electores de segundo grado, formaban listas de dos individuos por cada senador ó sea de seis individuos, cuya mitad debía ser de ciudadanos ó vecinos de otras provincias del departamento; y las juntas departamentales, elegían tres de dichas listas. Estas juntas departamentales, eran formadas por dos individuos de cada provincia, elegidos en la misma forma que los diputados, y su objeto era promover los intereses del departamento en general, y de la provincia en particular.

Según la constitución del año 34, los senadores eran cinco por cada departamento: los colegios electorales de provincia, formaban listas de dos individuos por cada senador, en la misma forma establecida en la constitución del año 28: estas listas se remitían al senado, el cual hacía el escrutinio ó elegía conforme á la ley de elecciones, y según esta ley, se proclamaba senadores á los que reunían mayoría absoluta de colegios electorales en el departamento; en defecto de esta mayoría, á los que tenían mayoría de votos de electores; en defecto de ésta, á los que reunían mayoría respectiva, siempre que esta mayoría llegara á un tercio de electores del departamento, y en su defecto, el senado elegía de una terna formada con los que reunían mayoría respectiva de colegios ó de votos.

Por la constitución del año 39, la cámara de senadores se componía de veintiun miembros, á razón de tres por cada uno de los departamentos antiguos, á los cuales se unían para este efecto, los de nueva creación. La elección se hacía en la misma forma que bajo el régimen de la carta del año 34.

No hay razón alguna para que el número de senadores que elige cada departamento, esté en proporción con el número de sus provincias.

Las divisiones territoriales en un país unitario, obedecen principalmente á condiciones físicas, que nada significan en el régimen representativo. Si se quiere hacer de los senadores los representantes de los departamentos, lo cual es inaceptable bajo el mismo régimen, no hay motivo para que esa representación sea desigual, dando á unos departamentos mayor número de votos que á otros. Aún en los países federados, la representación que se dá á los estados es la misma: en los Estados Unidos cada estado elige dos senadores; lo mismo se observa en la República Argentina. En Venezuela y el Brasil cada estado dá tres senadores.

CAPITULO XIII

ELEGIBILIDAD: IMCOMPATIBILIDADES

Art. 47. Para ser Diputado se requiere:

1.º Ser peruano de nacimiento;

2.º Ciudadano en ejercicio;

3.º Tener veinticinco años de edad;

4.º Ser natural del departamento á que la provincia pertenezca, ó tener en él tres años de residencia;

5.º Tener una renta de quinientos pesos ó ser profesor de alguna ciencia.

Art. 49. Para ser Senador se requiere:

1.º Ser peruano de nacimiento;

2.º Ciudadano en ejercicio;

3.º Tener treinta y cinco años de edad;

4.º Una renta de mil pesos anuales ó ser profesor de alguna ciencia.

Art. 50. No pueden ser elegidos Senadores por ningún Departamento, ni Diputados por ninguna provincia de la República:

1.º El Presidente de la República, los Vice-Presidentes, Ministros de Estado, Prefectos, Sub-Prefcetos y Gobernadores, si no han dejado el cargo dos meses antes de la elección;

2.º Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia;

3.º Los empleados públicos que puedan ser removidos directamente por el poder Ejecutivo, y los militares que estén en servicio en la época de la elección.

Art. 51. Tampoco pueden ser elejidos:

1.º Los Arzobispos, Obispos, Gobernadores Eclesiásticos, Vicarios Capitulares y Provisores, por los Departamentos ó Provincias de sus respectivas Diócesis;

2.º Los Curas, por las provincias á que pertenezcan sus parroquias;

3.º Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores, por los Departamentos ó provincias en que ejercen jurisdicción;

4.º Los jueces de primera instancia por sus distritos judiciales.

La nacionalidad por nacimiento es, de entre estos requisitos, el que más debe llamar nuestra atención. El extranjero que se naturaliza, rompe con su antigua patria todos los vínculos que á ella lo unen, para formar parte de la sociedad en que ingresa. Su persona y sus intereses quedan intímamente ligados á los destinos de ésta; le favorece su prosperidad y lo envuelven sus contrastes; vive la vida social. Es á la colectividad, constituida por los individuos, ligados por esos lazos de una vida común, á quien corresponde el derecho de gobernarse á si misma, y las funciones políticas que son el ejercicio de ese gobierno, entre las cuales la más importante es la de la elección activa y pasiva, corresponde, en consecuencia, á todos los que forman esa colectividad. El título legítimo para ejercer tales funciones, se encuentra, así, en tal calidad de nacional, cualquiera que sea el modo como esa calidad se haya adquirido, y no en la circunstancia de haber nacido en tal ó cual punto de la tierra, ó ser hijo de tal ó cual padre.

Los derechos políticos y sobre todo la elección, son la garantía de los derechos y de los intereses individuales, y estos son los mismos é igualmente respetables en todos los ciudadanos. No hay razón para negarlos á una clase de ellos.

Raras son las constituciones modernas, que excluyen del cargo de representante á los ciudadanos por naturalización. La única diferencia que á este respecto suele establecerse, es la de exijir al naturalizado, determinado tiempo de residencia en el país, como circunstancia que vincula sus intereses con los de la nación, y lo hace apto para deliberar con acierto respecto de estos.

Cuando se discutía este punto en el congreso del

año 1860, el representante señor don José Antonio Lavalle, ilustrado conservador, decía: "Incurrimos otra vez en la falta de que adolecía la constitución de Huancayo, que exijía para el empleo más insignificante, la condición de peruano de nacimiento."

"Esta estrechéz de principios es rechazada por el mundo entero, como lo manifiestan todas las constituciones, y sí hay alguna que más que cualquiera otra, debiera seguir este ejemplo, es la del Perú. . . . Un individuo que elije un país extranjero por suyo; que tiene en él familia y propiedad, tiene sin duda más interés por él, que por aquel en que nació. Este es un hecho, probado por la historia."

Entre las condiciones de eligibilidad de los diputados, llama así mismo la atención, la de ser natural del departamento á que la provincia pertenece, ó tener en él tres años de residencia.

Si la misión de los diputados fuera la de representar á los departamentos por donde son elegidos, tal exigencia sería fundada, pero no es ese el propósito de la carta. El objeto del congreso y de las cámaras, según la teoría constitucional, y así resulta de las atribuciones que la constitucion les señala, es atender á los intereses generales de la nación y á los derechos de todos por medio de las leyes. Tal exigencia carece pues de objeto, restringe notablemente el derecho de los electores y de los elegibles, crea dificultades de grave carácter, y en la práctica es frecuentemente eludida.

Esta inaceptable exigencia, como otros muchos de los defectos de que adolece nuestra constitución, según observamos con frecuencia, viene de las constituciones francesas que nuestros constituyentes tomaron por modelo. En una constitución de Francia, se disponía que "la mitad á lo menos de los diputados será elegida entre los elegibles, que tienen su domicilio político en el departamento."

Nuestras constituciones fueron más allá, y desde la del año 23, exigen el nacimiento ó la vecindad en la misma provincia que elige ó en el departamento, al cual

ésta pertenece, y adviértase, que la carta del año 39, contenía la declaración de que "los diputados y senadores son representantes de la nación" con la cual es contradictoria la condición de que nos ocupamos.

En las constituciones de los estados federales, se explica tal condición de elegibilidad para los congresos generales, porque en estos se representa realmente á los estados particulares, pero en los pueblos unitarios, no existen representaciones especiales, y es por esto que, son excepcionales las constituciones que, como la nuestra, contienen tal exigencia.

La ciudadanía en ejercicio, ó sea la posesión de los derechos políticos que supone la capacidad civil; la edad y la renta, distintas para el diputado y el senador, son condiciones generalmente establecidas. La calidad diyuntiva de la renta ó de ser profesor de alguna ciencia, está concebida en término tan vagos, que la hacen inaceptable.

***

La exclusión de los funcionarios ejecutivos, establecida en el inciso 1º del artículo 50, es de indiscutible necesidad. La admisión en las cámaras de los altos funcionarios ejecutivos, envolvería la concentración en las mismas personas de las funciones legislativa y ejecutiva, y la de los funcionarios subordinados, llevaría á ellas miembros sin independencia, incapaces de discutir y votar contra los propósitos del poder de quien dependen.

La libertad electoral, por otra parte, desaparecería, siendo elegibles las autoridades políticas, que disponen de medios suficientes para ejercer violencia sobre los electores y funcionarios electorales.

El inciso 3º, que es una ampliación del artículo 50, hecha por la ley de 21 de agosto de 1893, es así mismo conveniente. Las mismas razones, de la falta de independencia en el empleado y en el militar, y de los

peligros para la libertad de la elección, exijen la exclusión de uno y otro.

Debe entenderse, que la exclusión se refiere á los empleados que gozan de renta. Así lo expresan todas las constituciones, en las que esta exclusión se encuentra establecida y así se deduce, por analogía, de las resoluciones legislativas de 11 de octubre de 1872 y 20 de diciembre de 1887, que refiriéndose á la vacancia establecida en el artículo 56, declaran, que no se pierde el cargo, por aceptar empleos concejiles ó gratuitos, ó el nombramiento de jefe ú oficial de la guardia nacional.

Una resolución legislativa, difícil de explicare, de 25 octubre de 1893,declara que la prohibición sólo comprende á los generales, cuando tengan mando de fuerza, ó alguna otra comisión conferida por el ejecutivo.

La exclusión de los funcionarios judiciales, es generalmente adoptada. Es absolutamente necesario, que el espíritu de partido y la pasión política no penetren en el santuario de la justicia, para que ésta sea siempre independiente de toda influencia extraña. Esta consideración, hace inaceptable la disposición del inciso 3º del artículo 51, que limita la incompatibilidad á la elección por los departamentos ó provincias en donde los vocales y jueces ejercen jurisdicción. La exclusión debe ser absoluta.

La exclusión de las autoridades eclesiásticas, respecto de la elección por los departamentos ó provincias en donde ejercen sus funciones, se funda, sin duda, únicamente en la posibilidad de la coacción que tales autoridades pueden ejercer sobre los fieles.

En los países en donde, como entre nosotros, existe un culto oficial sostenido ó subvencionado por el estado; en el que, en consecuencia, el gobierno civil, en ejercicio del patronato, confiere los beneficios ó presenta para su obtención; y en donde las relaciones entre los poderes civil y eclesiásticos son íntimas, las incompatibilidades en este órden, deben establecerse

con el mismo criterio que sirve para las de los funcionarios y empleados en general.

Los funcionarios ó autoridades eclesiásticas, deben ser excluidas como lo son las autoridades políticas, judiciales y militares; y los clérigos que gozan beneficio, por nombramiento ó presentación del ejecutivo, deben serlo igualmente como todos los demás empleados.

No es el carácter de clérigo, como no lo es el de profesor, médico, abogado, comerciante, el que funda la incompatibilidad, sino la calidad de funcionario ó beneficiado eclesiástico.

CAPITULO XIV

TERMINACIÓN DEL CARGO: REELECCIÓN: RENUNCIA: EMOLUMENTOS

Art. 56. Vacan de hecho los cargos de Senador y Diputado por admitir cualquier empleo, cargo ó beneficio, cuyo nombramiento, presentación ó propuesta haga el Poder Ejecutivo; excepto el de Ministro de Estado.

Art. 58 Los Diputados y Senadores podrán ser reelectos, y sólo en este caso será renunciable el cargo.

Además de la terminación del periodo de seis años, de que trataremos al ocuparnos próximamente de la renovación de las cámaras, el cargo de representante concluye por la vacancia, establecida en el artículo 56 de la constitución.

La razón de lo dispuesto en este artículo, es la misma que sirve de fundamento á las incompatibilidades de que ya hemos tratado. Es necesario, para asegurar la independencia de las deliberaciones de las cámaras, excluir de ellas á los empleados subordinados del poder ejecutivo, ó ligados á él por el favor recibido.

Antes de la reforma del artículo 56, la aceptación del cargo de ministro hacia perder el de representante. En conformidad con las tendencias del régimen parlamentario, dominante en todos los países, de dar á las asambleas grande participación en la administración y en el gobierno, se ha establecido, casi unánimemente, que el cargo de ministro no hace perder la representación.

*
* *

La reelección de los representantes no puede ser prohibida, porque esto sería desconocer el derecho de los electores, para mantener en el puesto al que ha sabido conservar su confianza, y el derecho del representante para recibir esa confirmación.

*
* *

El caracter de irrenunciable, que todas nuestras constituciones han dado al cargo de representante en la primera elección, no puede entenderse de un modo absoluto.

Por regla general, solo los puestos concejiles ó gratuitos, y estos deben ser muy raros, son irrenunciables, porque son verdaderas obligaciones que se imponen al ciudadano en favor del estado. Pero los puestos rentados, que como todo encargo de asuntos públicos, puede crear para el que lo desempeña situaciones antagónicas con sus convicciones individuales, con sus intereses, y aun con deberes morales de diversas especies, no pueden tener tal carácter. No es imposible, sin embargo, que la renuncia sea arrancada al representante por coacción ó sugestiones ilícitas, ó que ella se presente en momento en que su admisión obstruya alguna deliberación de la cámara. Hay que conciliar, pues, el derecho del representante con el interés público, y como tal conflicto puede presentarse aún respecto de los reelegidos, creemos que, en todo caso, debe tener la cámara la atribución de admitir ó negar, á lo menos de momento, la renuncia de sus miembros.

La disposición más acertada, á nuestro juicio, es la que sobre esta materia establecen las constituciones de la Argentina, Uruguay y Paraguay y otras, que dán á cada cámara el derecho de dicidir por mayoría absoluta sobre tales renuncias.

*
* *

No establece la constitución de un modo explícito, las causas que además de la vacancia, y la renuncia prevista en el artículo 56 producen la pérdida del cargo de representante. Esto, no obstante, es indudable que la pérdida de cualquiera de los requisitos que se señalan para la elección, es motivo bastante para la vacancia.

Se presenta la duda, respecto de los casos de simple suspensión de la ciudadanía del representante. Pierde el puesto ó queda simplemente suspenso en su desempeño? Las causas de suspensión de la ciudadanía que determina el artículo 40, son de tal significación que no es posible admitir que el que incurre en ellas, conserva su título y la espectativa de la reincorporación.

*
* *

La ley de 26 de Octubre de 1891, fija los emolumentos de los representantes en mil trescientoscincuenta soles en cada legislatura ordinaria, y en las extraordinarias proporcionalmente al tiempo de la duración de las sesiones. Se les dá, además, por leguaje el valor de un doble pasaje según las tarifas de los vapores y ferrocarriles de su tránsito, y en los itinerarios que carezcan de estos medios de comunicación, un sol veinte centavos por cada legua.

CAPITULO XV

INVIOLABILIDAD: INMUNIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES

Art. 54. Los Senadores y Diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones.

Art. 55. Los Senadores y Diputados no pueden ser acusados ni presos, sin previa autorización del Congreso, desde un mes antes de abrirse las sesiones hasta un mes despues de cerradas; excepto infraganti delito, en cuyo caso serán puestos inmediatamente á disposición de su respectiva Cámara.

Art. 64. Corresponde á la Cámara de Diputados, acusar ante el Senado al Presidente de la República, á los miembros de ambas Cámaras, á los Ministros de Estado, y á los Vocales de la Corte Suprema, por infracciones de la constitución, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que, según las leyes, deba imponerse pena corporal aflictiva.

Art. 66. Corresponde á la Cámara de Senadores:

1.º Declarar si ha ó no lugar á formación de causa, á consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados; quedando el acusado, en el primer caso, suspenso del ejercicio de su empleo, y sujeto á juicio segun la ley.

La irresponsabilidad de los representantes por sus opiniones y sus votos, es condición necesaria para la libre acción del poder legislativo. Si el representante tuviera delante de si, una acusación criminal, con motivo de sus ideas y del sentido de su voto, su esfera de accion sería muy estrecha, é incompatible con la misión de que está encargado.

El cargo de representante es de confianza: los lazos que lo unen con los electores son de carácter mo-

ral, y no legal ú obligatorio, por que no cabe el mandato imperativo, en el ejercicio del gobierno directo, como ya hemos manifestado. "Los representantes, dice Rossi, no tienen cuenta obligatoria que rendir; los electores los designan, como los hombres á quienes juzgan los más capaces para tratar los negocios del país, pero no existe responsabilidad legal de los unos, respecto de los otros."

Nuestra constitución consigna esta irresponsabilidad en su artículo 54:

"Los senadores y diputados son inviolables en el ejercicio de sus funciones."

Los términos de esta disposición establecen, aparentemente, una irresponsabilidad absoluta y general.

En la Constitución del año 39, esta irresponsabilidad estaba declarada en estos términos:

"Los diputados y senadores son inviolables por sus opiniones en el desempeño de su cargo." Fórmula semejante empleaban todas las anteriores. Fué en la del 56, en la que se la consignó en los términos en que hoy existe.

Las constituciones de las repúblicas de América, consignan el principio en estos términos:

La Argentina—"Ninguno de los miembros del congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones ó discursos que emita, desempeñando su mandato de legislador." Chile—"Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiestan y votos que emitan en el desempeño de sus cargos."—Méjico—"Los diputados son inviolables por sus opiniones, manifestadas en el desempeño de su encargo, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas."—Colombia—"Los senadores y representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo."

Análogas son los términos con que las constituciones europeas declaran la inviolabilidad. Así, la de Bélgica, dice: "Ningún miembro de una ú otra cámara, no puede ser perseguido ni interrogado con ocasión

de las opiniones y votos emitidos por él en el ejercicio de sus funciones."

La fórmula de nuestra carta sobre la materia, es, pues, excepcional. Parece que se consagrara allí la irresponsabilidad absoluta por todo acto, lo cual estaría en contradicción con el principio de la responsabilidad general consignada en el artículo 11, y con lo dispuesto en los artículos 64 y 66, que dan á la cámara de diputados el derecho de acusar á los miembros de ambas, y á la de senadores el de declarar si ha ó no lugar á formación de causa, por infracciones de la constitución y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que según, las leyes deba imponerse pena corporal aflictiva.

La irresponsabilidad que establece el artículo 54, debe, pues, entenderse, como la establecen todas las constituciones: por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio de sus funciones.

*
* *

Casi todas las constituciones prohiben que se acuse y aprehenda á los representantes por razón de delitos ó faltas, sin el consentimiento de su cámara, durante las sesiones y algún tiempo antes y después de ellas. Esta inmunidad, tiene por objeto impedir, que por el medio de una acusación inmotivada, se separe al representante de la asamblea, en donde su palabra y su voto, pueden lastimar algunos intereses ó contrariar los designios de otro poder. Es por lo mismo conveniente, que sea la cámara la que juzgue y decida de la gravedad de la acusación, y preste ó nó su aquiescencia para el juzgamiento de sus miembros. Debe suponerse, que la cámara no niegue esa autorización, cuando realmente se trata de un criminal, cuya sóla presencia sería una deshonra para ella.

Según el artículo 55 es el congreso y no cada cámara en su caso, el que debe autorizar el juzgamiento del representante. No se descubre ra-

zón alguna para llevar al congreso, un asunto que afecta directamente á la cámara, en quien debe suponerse el celo y la circunspección suficientes para proceder digna y correctamente.

Bajo el régimen de la dualidad, las cámaras son independientes entre si, y á ellas por lo mismo corresponde decidir en lo que se refiere á su integridad. Además, es cada cámara la que puede juzgar con mejor criterio en un asunto, en que entra como dato de la deliberación, la conducta personal y parlamentaria del representante.

Todas las constituciones, así europeas como americanas, reservan á cada cámara la atribución de autorizar el juzgamiento de sus miembros.

Un grave vacio presenta el artículo 55. Antes de la ley de 31 de agosto de 1874, que suprimió de la constitución la Comisión Permanente del cuerpo legislativo, á ésta correspondía, durante el receso del congreso, dar la autorización de que tratamos, y en caso de aprehención por delito infraganti, el representante era puesto á disposición de la misma Comisión: así lo establecía el artículo 55. Suprimida la Comisión Permanente, y no habiéndose determinado nada al respecto, se presenta la cuestión de saber, si puede ó no aprehenderse, en caso de infragancia, á un representante, durante el mes anterior y el posterior á las sesiones.

El caso se ha presentado ya, y la cámara de diputados lo ha resuelto, aprobando un dictámen, que en la parte general dice lo siguiente:

"Mientras estuvo en vigencia el título décimo tercio de la carta fundamental podía, además, la autoridad pública, durante los treinta días anteriores y los treinta posteriores á cada legislatura, aprehender á los representantes sorprendidos infraganti delito, para someterlos también inmediatamente á la Comisión que, en receso del cuerpo legistativo, ejercía las atribuciones que en este asunto corresponde á las Cámaras."

"Pero una vez expedida la ley de 31 de agosto de

1874, la autoridad pública quedó privada de la facultad de aprehender al representante sorprendido infraganti; por manera que, durante los treinta días anteriores y los treinta posteriores á cada legislatura, los senadores y diputados no pueden ser aprehendidos, aunque la autoridad presencie los delitos que practiquen, y correspondan éstos á la más grande delincuencia, ni puede tampoco iniciarse contra ellos juicio criminal, porque durante ese tiempo no existe en la república tribunal competente para juzgarlos." Concluía este informe, pidiendo que se declarase haber sido violada la constitución, con la aprehensión de tres representantes, verificada dentro de los treinta días posteriores á la legislatura extraordinaria del 95. Esta conclusión fué aprobada.

Tal es, pues, lo sancionado á este respecto. Creemos que, por altísima que sea la conveniencia política de la inmunidad, sobre tal conveniencia está el precepto de justicia absoluta y la necesidad social de caer sobre el que, á la luz del día y en medio de numerosos testigos, comete el crimen y provoca la indignación popular, cuyos arranques, avivados por la inacción de la autoridad, tal vez no sería fácil contener.

Forma contraste con esta impunidad, establecida á la sombra de nuestra carta, lo que disponen á este respecto la constitución de Bélgica y otras; dicen así: "Ningún miembro de la una ú otra cámara puede, *durante la sesión*, ser perseguido ni detenido en materia criminal, sino con la autorización de su cámara, salvo el caso de infraganti delito." Thonissen comentando esta disposición dice: "El artículo 45 autoriza la persecución y detención de los miembros de las cámaras sorprendidos en flagrante delito, es decir cuando el delito se comete actualmente ó acaba de cometerse. *Ninguna garantía excepcional* debe cubrir á un ciudadano cuyo crimen se presenta con todos los caracteres de la evidencia."

Las constituciones de los años 23, 28, 34 y 39, daban además á los representantes la inmunidad civil,

según la cual, no podían ser demandados civilmente, ni ejecutados por deuda, durante las sesiones, y según la del 39 desde su elección hasta tres meses después de concluídas éstas. En la carta del 56 no se consignó tal inmunidad, y la del 60 tampoco la establece. Esta supresión, era sin duda bastante para concluir, que el injustificable privilegio de la inmunidad civil no existía, y que no podía ser restablecida bajo el imperio de la constitución, porque las exenciones concedidas á los representantes, por su trascendental significación, y porque son medios para asegurar la independencia del poder legislativo deben estar y están consignadas en la carta. En una ley común, no podía restablecerse lo que había sido y es por su naturaleza de orden constitucional, y que el poder constituyente había abolido.

Esto no obstante, se pretendía hacer valer tal exención ante los tribunales, invocando leyes antiguas, y con este motivo se expidió la ley de 27 de enero de 1877, que declara que los senadores y diputados no gozan de inmunidad civil, y están sujetos á la jurisdicción ordinaria como todos los ciudadanos de la república; quedando derogadas todas las leyes anteriores que se opongan á ella.

*
* *

La irresponsabilidad de que gozan los representantes por razón de sus discursos y sus votos, es suficiente y amplia garantía de su independencia y de la de sus respectivas cámaras. Las funciones legislativas consisten sustancialmente en discutir y deliberar, de manera que la irresponsabilidad por estos actos, es la irresponsabilidad completa del poder legislativo.

No es posible hacer de los representantes, seres absolutamente irresponsables como los monarcas. Se les declara pues responsables por los crímenes y delitos extraños á sus funciones, aún cuando alguna relación tengan con ellas, pero como por medio de acusaciones

inmotivadas pudiera menoscobarse su independencia y la de las cámaras, se previene el peligro con la inmunidad de que ya nos hemos ocupado.

Nada más puede desearse en este orden: ningún otro privilegio es necesario para que el poder legislativo sea independiente, y para rodear á los representantes de todas las seguridades que exije su alto cargo; y nada más en efecto, establecen las constituciones monárquicas, en las cuales, sin embargo, domina el régimen parlamentario.

Pero nuestras repúblicas, salvo la de los Estados Unidos, han ido más allá y establecido una injustificable redundancia de privilegios. Declaran, como no podían dejar de hacerlo que los representantes son responsables por los delitos comunes, pero no consideran bastante garantía la inmunidad que establecen, amplísima sin duda, y reservan á las cámaras el derecho de acusación y á la corte suprema el poder de juzgarlos: Así lo hacen los artículos 64 y 66 de nuestra constitución.

Este régimen no tiene razón de ser. No tratándose de hechos realmente constitutivos de la función legislativa, es evidente que la acusación y el juicio no comprometen la independencia de este poder, y como es la misma cámara la que autoriza la acusación, cuando se encuentra en sesiones, no existe tampoco el peligro de que el enjuiciamiento sea inmotivado.

Las reservas, de la acusación á las cámaras, y del poder de juzgar al más alto tribunal, son necesarias respecto de los altos funcionarios del poder ejecutivo, presidente y ministros, por que estos son responsables de sus actos oficiales, y es necesario al hacer efectiva esta responsabilidad, establecer las medidas convenientes para que no quede destruída la independencia del poder ejecutivo. Además, los actos del poder ejecutivo son complejos; no siempre es posible ó fácil distinguir cuales son abusos de su autoridad legal y cuales extravíos de esa autoridad y es por lo mismo necesario que las dos cámaras y el más elevado de

los tribunales intervengan en este proceso eminentemente político y trascendental.

Nada de esto es aplicable al juzgamiento de un individuo, que apenas representa un pequeñísimo factor en el poder legislativo; que es acusado por hechos extraños á la función legislativa y que lo es, además, con el asentimiento de su propia cámara.

Las constituciones americanas, y entre ellas la nuestra, incurren pues en un grave error, y establecen un privilegio injustificable en favor de los representantes. Debieran esas constituciones, limitarse á establecer la irresponsabilidad por los discursos y los votos y la inmunidad dentro de límites convenientes.

Además del error que encierran los artículos 64 y 66 al comprender á los representantes, contienen otros defectos de carácter general. Así, excluyen de la responsabilidad de los altos funcionarios, los delitos que no merecen pena corporal aflictiva. La gravedad de los delitos no se puede medir por la calidad corporal de la pena. No pocos delitos existen en nuestro código, que no son ni deben ser castigados con pena corporal, y respecto de los cuales sin embargo, no es posible eximir de responsabilidad á los funcionarios que los cometen. Generalmente, las penas apropiadas á los delitos, que son objeto de la responsabilidad oficial, son las políticas, de pérdida ó suspensión de los derechos políticos ó del cargo que se ejerce, y nuestra carta establece una doctrina opuesta á esta regla.

Omite el artículo 64 la declaración de responsabilidad por los actos infractorios de las leyes, y aún cuando esa omisión queda subsanada en el inciso 24 del artículo 59 respecto del presidente y los ministros, no sucede lo mismo respecto de los representantes y vocales.

Aún cuando tal omisión no existiera, los actos infractorios de la constitución y de las leyes, que en si mismos no son delitos previstos en el código penal, no pueden ser castigados, por la sencilla razón de que la ley de responsabilidad de los funcionarios públicos

ha omitido lo que debía ser su principal objeto, esto es establecer penas para las infracciones no previstas en el código penal.

Y no es posible llenar este vacio, porque tales penas tendrían que ser de caracter político y no *corporales aflictivas*, y en consecuencia, los actos infractorios á los que se refirieran, no podrían ser objeto de esa penalidad según el artículo 64.

Circunstancia muy digna de notarse es, que el código de enjuiciamiento penal, no designa cual es el tribunal que debe conocer del juicio de responsabilidad contra los representantes. Según el artículo 5º de ese código, la corte suprema conoce de la responsabilidad contra el presidente, ministros de estado, arzobispo, obispos, agentes diplomáticos del Perú, y vocales de las cortes superiores; pero olvidaron los condificadores á los miembros de ambas cámaras. El reglamento de tribunales, es el que dá á la misma corte la jurisdicción sobre éstos.

CAPITULO XVI

REUNIÓN Y RENOVACIÓN DE LAS CÁMARAS: QUORUM: PUBLICIDAD

Art. 52. El Congreso ordinario se reunirá todos los años el 28 de Julio, con decreto de convocatoria ó sin él, y extraordinario, cuando sea convocado por el Poder Ejecutivo.

La duración del Congreso ordinario será de noventa días naturales é improrrogables; y el extraordinario terminará, llenado que sea el objeto de su convocatoria, sin que en ningún caso pueda funcionar por más de cuarenta y cinco días naturales.

Art. 57. Las Cámaras se renovarán cada bienio por terceras partes, al terminar la Legislatura ordinaria.

Art. 63. Para que pueda instalarse el Congreso, es preciso que se reunan los dos tercios de cada una de las Cámaras.

Art. 73. Las sesiones del Congreso y las de las Cámaras serán públicas. Sólo podrán ser secretas en los casos puntualizados en el Reglamento, y previos los requisitos por él exigidos.

Casi todas las constituciones extranjeras establecen la reunión anual. Si las funciones de los congresos fueran sólo las legislativas, no tendría inconvenientes la reunión bienal, pero investidos de importantes atribuciones conservadoras y políticas, la reunión anual es una necesidad.

Cierto es, que los inconvenientes del parlamentarismo son más graves, á medida que son más frecuentes las reuniones de las asambleas, pero no es posible evitar esos peligros creando otros, ocasionados por un largo periodo de tiempo entre las sesiones legislativas.

No puede ponerse en duda la potestad de las cámaras, para reunirse en la época fijada por la constitucion, aún sin convocatoria del ejecutivo.

Tampoco puede ser desconocida la facultad del poder ejecutivo, para convocar al congreso á sesiones extraordinarias, cuando á juicio de aquel sea necesario.

La ley de 26 de Octubre de 1890, fija el 25 de octubre para la clausura de las sesiones.

Según las constituciones antiguas, con excepción de la del año 39, la reunión del congreso era anual. Esta carta estableció la reunión bienal, y lo mismo hizo la del 60, pero por ley de 3 de enero de 1879, se reformó el artículo 52, y se volvió á la reunión anual.

*
* *

Se ha suscitado la cuestión, de no pequeña importancia, relativa á la potestad del congreso reunido en sesiones extraordinarias, para ocuparse de asuntos diversos del objeto de la convocatoria.

En las constituciones de los años 34 y 39, se establecía explícitamente, y así lo hacen algunas constituciones extranjeras, que el congreso en sesiones extraordinarias, sólo podía ocuparse del objeto de la convocatoria. Esta disposición desapareció en la carta del 56.

En la legislatura ordinaria del año 97, un representante en sesión de congreso, hizo presente, que el poder ejecutivo no había dado cumplimiento á las leyes promulgadas por el presidente del congreso extraordinario anterior y después de un corto debate, se aprobó una moción, para pasar un oficio al presidente del consejo de ministros, expresándole que el congreso había visto con extrañeza esa falta de cumplimiento. Los ministros dirigieron, entonces, un oficio al congreso, negándole absolutamente la facultad de promulgar leyes en sesiones extraordinarias. Se propuso, con este motivo, en la cámara de diputados un voto de censu-

ra contra el ministerio, y aún cuando no fué aprobado, quedó subsistente el voto de extrañeza emitido antes.

La nota del ministerio, de la que se dió cuenta en sesión de congreso, fué remitida á la cámara de senadores, y pasada á la comisión de constitución, que no ha dictaminado.

En la legislatura extraordinaria del mismo año, se dió cuenta de las observaciones del ejecutivo, á la ley del matrimonio de los no católicos. El ejecutivo expresaba explícitamente su voluntad, de que tales observaciones, no fueran tomadas en consideración en esas sesiones, sino en las ordinarias inmediatas. Esto no obstante, el congreso se ocupó de ellas; las desatendió, rechazó un proyecto de ley que el ejecutivo había remitido junto con las observaciones, é insistió en la ley observada; el ejecutivo le puso el cúmplase.

En las discusiones sobre esta materia, se ha acentuado la opinión, de que el congreso en sesiones extraordinarias, puede ocuparse, además de sus atribuciones reglamentarias ó internas, de las conservadoras y políticas, entre las cuales se considera, la de promulgar las leyes cuando el ejecutivo omite hacerlo. La deliberación sobre las observaciones del ejecutivo á las leyes, se considera atribución del mismo género. Parece, pues, punto resuelto, que el congreso en sesiones extraordinarias, solo está impedido de ejercer sus atribuciones legislativas propiamente dichas, entre las que no se consideran la promulgación, en su caso, y la deliberación sobre las observaciones del ejecutivo.

*
* *

La renovación parcial de las cámaras es generalmente adoptada. Por este medio, se conserva el espíritu de tradición, se evitan las transiciones bruscas en la política y en los propósitos parlamentarios, y las agitaciones electorales son menos generales.

La renovación de la cámara de diputados por ter-

ceras partes cada dos años es demasiado lenta. Es casi unánime, como ya lo hemos manifestado, la práctica de no dar más de cuatro años al mandato del diputado, y de renovar la cámara por mitad cada dos años.

La renovación de la cámara de senadores debe ser más lenta que la de diputados por la naturaleza de su objeto, Es en ella en donde debe buscarse el correctivo, á la instabiiidad excesiva de la opinión popular dominante en la cámara baja, y la valla á la tendencia característica en esta, de operar frecuentes reformas en las leyes.

El espíritu de tradición y la permanencia de propósitos, necesarios en las relaciones internacionales, y respecto de otros grandes intereses nacionales, no pueden obtenerse, si la cámara alta se renueva con la misma frecuencia que la baja. Generalmente se establece doble tiempo, para la renovación de aquella respecto de la de esta.

Entre nosotros, podría renovarse la cámara de diputados por mitad cada dos años, y la de senadores como hoy, por terceras dartes, cada dos años también.

*
* *

El reglamento de las cámaras disponia que, en geral, "para abrir la sesión, no debía haber menos de los dos tercios del total de senadores y diputados."

Este quorum excesivo, dificultaba las sesiones, y el reglamentos interior fué modificado en esta forma:

"Para abrir las sesiones, posteriores á la instalación del congreso, basta la mitad más uno, del total de los miembros de cada cámara."

Para que un asunto quede votado ó resuelto, es indispensable un número de votos igual, por lo menos, á la mitad más uno de los dos tercios, del número total de representantes, que forma cada cámara, estén ó no presentes dichos dos tercios."

El quorum generalmente adoptado en las legislaciones extranjeras, es, para las deliberaciones la mitad más uno del total de los miembros, y para las votaciones la mitad más uno de los presentes.

Aún este quorum,de la mayoría absoluta del número legal de miembros, es objetado por algunos tratadistas, porque con él, una minoría disidente, puede impedir la reunión de las asambleas, y para evitar este peligro, guzgan conveniente la fijación del quorum real, esto es, la mitad más uno, del número de miembros que realmente existen, deducidos los fallecidos y los que han perdido el cargo.

*
* *

La publicidad de las sesiones legislativas, es una necesidad y una alta conveniencia. Por ella, el país toma parte en las cuestiones que se debaten, porque la prensa las discute también, y los representantes pueden conocer mejor el sentimiento público y aún alcanzar mayor ilustración sobre el asunto

La publicidad dá á los electores el medio de juzgar á sus mandatarios, y de cancelarles ó renovarles sus poderes. Bajo este aspecto, la publicidad establece un lazó de unión entre el representante, que desea conservar la confianza de los electores, y estos que observan con interés su conducta.

Hay, sin embargo, excepciones á la publicidad. Las relaciones internacionales, cuestiones muchas veces graves sobre la hacienda pública, y otros asuntos de interés general, pueden exigir el secreto como medio necesario ó conveniente para su provechosa solución. Los asuntos personales también reclaman el secreto.

El reglamento dispone, que "el presidente y secretario, calificarán la clase de negocios de que deba darse cuenta en sesión secreta."

CAPITULO XVII

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO Y DE LAS CÁMARAS

Art. 59. Son atribuciones del Congreso:

1.ª Dar leyes; interpretar, modificar y derogar las existentes;

2.ª Abrir y cerrar sus sesiones en el tiempo designado por la ley:

3.ª Designar el lugar de sus sesiones y determinar si ha de haber ó no fuerza armada, en que número y á que distancia:

4.ª Examinar de preferencia, las infracciones de Constitución, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores:

5.ª Imponer contribuciones, con sujeción á lo dispuesto en el art. 8.º suprimir las establecidas; sancionar el presupuesto; y aprobar ó desaprobar la cuenta de gastos que presente el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 102:

6.ª Autorizar al Poder Ejecutivo para que negocie empréstitos, empeñando la hacienda nacional y designando fondos para la amortización:

7.ª Reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla y amortizarla:

9.ª Crear ó suprimir empleos públicos, y asignarles la correspondiente dotación:

9.ª Determinar la ley, el peso, el tipo y la denominación de la moneda; igualmente que los pesos y las medidas:

10.ª Proclamar la elección del Presidente y de los Vice-Presidentes de la República; y hacerla cuando no resulten elegidos según la ley:

11.ª Admitir ó no la renuncia de su cargo al Jefe del Poder Ejecutivo:

12.ª Resolver las dudas que ocurran sobre la incapacidad del Presidente, de que se encarga el inciso primero del artículo 88:

13.ª Aprobar ó desaprobar las propuestas que con sujeción á la ley, hiciere el Poder Ejecutivo para Generales del Ejército y de la Marina, y para Coroneles y Capitanes de Navío efectivos:

14.ª Prestar ó negar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República:

15.ª Resolver la declaración de guerra, á pedimento ó previo informe del Poder Ejecutivo, y requerirle oportunamente para que negocie la paz:

16.ª Aprobar ó desaprobar los tratados de paz, concordatos y demás convenciones celebradas con los gobiernos extranjeros:

17.ª Dictar las disposiciones necesarias par el ejercicio del derecho de patronato:

18.ª Rehabilitar á los que hayan perdido la ciudadanía:

19.ª Conceder amnistías é indultos:

20.ª Declarar cuando la patria esté en peligro; y suspender por tiempo limitado las garantías consignadas en los artículos 18, 20 y 29. arrest, represion y seguridad

21.ª Determinar en cada Legislatura ordinaria y en las extraordinarias cuando convenga, las fuerzas de mar y tierra que ha de mantener el Estado:

22.ª Hacer la división y demarcación del territorio nacional:

23.ª Conceder premios á los pueblos, corporaciones ó personas, por servicios eminentes que hayan prestado á la Nación.

24.ª Examinar al fin de cada periodo constitucional los actos administrativos del Jefe del Poder Ejecutivo, y aprobarlos si fuesen conformes á la Constitución y á las leyes: en el caso contrario, entablará la Cámara de Diputanos ante el Senado la correspondiente acusación.

Art. 61. Cada Cámara tiene el derecho de organizar su secretaría, nombrar sus empleados, formar su presupuesto y arreglar su economía y policía interior.

Art. 64. (*Inserto en el capítulo XV*)

Art. 66. 1.º (*id. id. id.*)

2.º Resolver las competencias que se susciten entre las Cortes Superiores y la Suprema y entre esta y el Poder Ejecutivo.

Las atribuciones del poder legislativo pueden clasificarse en cuatro grupos á saber: 1º las de órden interno ó sean relativas á su propia organización: 2º las legislativas propiamente dichas: 3º las de orden político ó sean relativas á la organización de los otros poderes: y 4º las conservadoras.

Las internas ó relativas á su propia organización son

las consignadas en los incisos 2º y 3º del art. 59, y en el art. 61.

Se explican los incisos 2º y 3º del art. 59 por el hecho de que el congreso, es decir las cámaras reunidas, es una institución distinta de estas. Nuestra carta abandona en muchos casos el régimen de la dualidad,como veremos proximamente, y da al congreso el poder legislativo, aparte de otras atribuciones de órden político y conservador, y en consecuencia le reconoce facultades que garantizan su existencia independiente.

Si las funciones inherentes al poder legislativo correspondieran solamente á las cámaras, y la reunión de estas solo tuviera lugar para actos indivisibles, como escrutinios, elecciones y oir el mensaje presidencial, que es lo que el principio de la dualidad reclama, las atribuciones de que nos ocupamos carecerían de objeto, pues bastaría como en Chile, disponer que en tales casos de reunión, esta se verifica en la sala del senado y presidida por el presidente de este.

Respecto de las cámaras separadas, el reglamento de estas dispone que el 27 de julio, reunidos los dos tercios del total de cada cámara, proceden á nombrar sus respectivos presidente y vice-presidentes, dos secretarios y un pro-secretario.

En nuestras constituciones antiguas, se daba á las cámaras legislativas, el poder de calificar á sus miembros. En la del 56 y en la actual, se omitió esa atribución, pero se encontraba consignada en su reglamento interior y en la ley de elecciones de 1860. Esta omisión de la carta, de un asunto que es de orden constitucional, y que todas las constituciones del mundo consignan, ha hecho posible para la nueva ley electoral, privar á las Cámaras de esa atribución para conferirla á las juntas electorales.

El poder calificador de las cámaras respecto de sus miembros,ha sido universalmente reconocido. El abuso del ejercicio de este poder, ha sujerido el propósito de confiar esa calificación á la alta corte de justicia:

Inglaterra ha dado el ejemplo en esa iniciativa, como ya sabemos.

***

Con excepción de las atribuciones contenidas en los incisos 10, 11, 12, 13, 4 y 24 del artículo 59, que son de orden político las cuatro primeras, y facultades conservadoras las dos últimas, todas las demás son funciones legislativas propiamente dichas.

Lo que realmente contienen tales incisos, es la determinación de materias que son objeto de las leyes, y en consecuencia, son la especificación del 1º que contiene la atribución general del poder legislativo.

Es innecesario que nos detengamos á estudiar ninguna de esas materias, todas son indudablemente de la competencia del legislador.

Ya hemos dicho en otro lugar, que no es posible determinar de un modo preciso y completo, todas las materias que deben ser objeto de la ley, y las que deben quedar al poder reglamentario de la administración. Si la carta se propusiera hacer tal determinación, emprendería una tarea llena de inconvenientes y peligros; pero no debe omitir, siempre que declara un derecho individual ó político, ó establece una base fundamental de organización, la referencia á la ley, para la reglamentación de tales derechos ó bases. Esas leyes reglamentarias y orgánicas, serán las que determinen, en seguida, lo que queda á la administración y limiten su poder reglamentario..

La completa irresponsabilidad de las cámaras por razón de las leyes que dictan, hace necesario buscar remedios contra el exceso y abuso de su poder. No hay, además del principio de la dualidad, ningún otro medio de carácter general é indirecto, contra ese exceso de poder, y no es posible, por otra parte, establecer restricciones generales y directas al derecho de iniciativa y de voto, pero si deben dictarse, para las casos especiales, en que el notorio abuso de la autoridad legis-

lativa, ocasiona grave daño á los intereses nacionales.

Para ello es necesario entrar en el terreno de la vida práctica de las asambleas, y con las enseñanzaa de la experiencia, diversas sin duda en los estados, establecer prohibiciones ó restricciones para la función legislativa.

Se presenta así mismo, generalmente, el exceso del poder de las cámaras en favor de las localidades, concediéndoles beneficios de orden municipal, ó trastornando frecuentemente la división territorial y la categoría política de los lugares. Contra este exceso, se ha ideado acertadamente, dar á la demarcación territorial, el caracter de constitucional, y respecto de las mejoras y beneficios de orden municipal, restrinjir directamente la iniciativa y la votación.

Estos males y sus remedios son, repetimos, de orden práctico.

*
* *

La intervención que se dá al poder legislativo en la designación del jefe del poder ejecutivo hasta el punto de que en algunas republicas, como en Francia hace la elección, y en su mantenimiento en el puesto, intervención de que se ocupan los incisos 10, 11 y 12; la facultad de aprobar ó desaprobar las propuestas para las altas clases militares, contenida en el inciso 13; y otras atribuciones relativas al ejercicio del poder ejecutivo, como las contenidas en los artículos 95 y 96 de la carta, relativas al permiso que el presidente necesita obtener del congreso para salir del territorio, y para mandar en persona la fuerza pública, se explican por el inevitable predominio que hay que reconocer en el poder legislativo, como el órgano más inmediato de la voluntad nacional que no puede ser consultada directamente, cuando hay que acudir á ella.

La misma explicación tiene la intervención del congreso en el nombramiento de los altos magistrados,

asunto del que nos ocuparemos al estudiar la organización del poder judicial.

La presentación para los obispados, es uno de los derechos del patronato nacional, y dada la alta importancia que bajo el régimen de la iglesia oficial, tiene la autoridad de los obispos, se dá intervención en su nombramiento, á los dos poderes ejecutivo y legislativo.

Respecto de la intervención que se dá al congreso, en el nombramiento de las altas clases militares, ella no tiene otro fundamento que el deseo de evitar el abuso en esta materia. La constitución del año 56 restringía aun más que la actual, las facultades del ejecutivo á este respecto y esa excesiva restricción, fué la causa principal de la oposición del gobierno del general Castilla á dicha carta.

CAPITULO XVIII

PODER CONSERVADOR DEL CONGRESO Y DE LAS CÁMARAS

Art. 103. Los Ministros pueden presentar al Congreso, en todo tiempo, los proyectos de ley que juzguen convenientes; y concurrir á los debates del Congreso ó de cualquiera de las Cámaras; pero deben retirarse antes de la votación. Concurrir, igualmente á la discusión, siempre que el Congreso ó cualquiera de las Cámaras los llame; y tanto en este caso, como en el anterior, contestarán á las interpelaciones que se les hicieren.

Art. 59. . . . . . .

4.ª (*Ya inserta.*)

24.ª (*Id. id.*)

Art. 64. (*Id. Id.*)

Art. 66. (*Id. Id.*)

Las interpelaciones á los ministros, son la forma más importante del ejercicio del poder de inspección, que corresponde á las cámaras sobre los actos del poder ejecutivo.

Las constituciones anteriores, no contienen explícitamente, la obligación de los ministros de concurrir á las cámaras, á contestar interpelaciones y para que tal obligación no fuera objeto de duda, se la consignó en la reforma del 60. La ley de 3 de setiembre de 1879 dispone que los "Ministros de Estado concurrirán á las sesiones del Congreso y de las cámaras legislativas, para contestar á las interpelaciones que les dirijan los senadores y diputados, siempre que sean llamados con tal objeto, por acuerdo del Congreso ó de cualquiera de las cámaras."

Según la práctica, se dirige anticipadamente al mi-

nistro un oficio de invitación, y el texto de las interpelaciones. Se reconoce el derecho del interpelado para no contestar á ellas, cuando la publicidad del asunto á que se refieren, compromete algún interés público.

La interpelación no puede ser un derecho absoluto del representante. Debe ser la cámara la que conceda ó niegue á este su ejercicio, atendida la importancia del objeto. La misma Cámara, es la que debe juzgar, si es necesaria la concurrencia del ministro ó si bastan sus respuestas escritas. Debe enviarse al ministro anticipadamente el texto de las interpelaciones, y reconocerse el derecho del ejecutivo, para no dar respuesta á la interpelación, cuando la publicidad compromete algún gran interés nacional.

* * *

El voto de censura fué introducido en nuestro derecho político con la ley de ministros de 4 de diciembre de 1856 en estos términos: "No merece la confianza pública, el ministro contra quien emitan las cámaras un voto de censura." Vino después la ley de 26 de setiembre de 1862, que dispone que "el congreso usará del voto de censura, para desaprobar la conducta de un ministro, por las faltas que cometa en el ejercicio de sus funciones, y que no merezcan acusación."

No obstante estas disposiciones, repetidas veces se suscitaron cuestiones, respecto de si correspondía ó no á cada cámara, el derecho de dar voto de censura, y de si la separación del ministro censurado era efecto necesario de la censura. Con motivo de estas dudas, se sancionó en 20 de octubre de 1893 por las cámaras la ley siguiente:

"El ministro ó ministros, sobre los que recaiga un voto de censura dado por ambas cámaras, no pueden continuar al frente de sus carteras; quedando inhabilitados para ser ministros de Estado, durante el tiempo que trascurra de una á otra legislatura."

El poder ejecutivo devolvió esta ley con observaciones. A juicio del ejecutivo, ella es contraria á la constitución, que le dá á él solo, el derecho de nombrar y remover á los ministros de estado, y contraria al principio de la independencia de los poderes públicos. La censura, además, agrega la nota, es inadmisible con tal alcance, en los países en donde el ejecutivo no tiene el derecho de disolver el parlamento, y por último quita á los ministros, toda su libertad de acción y los coloca á merced de las cámaras, que pueden inhabilitarlos con un infundado voto de censura.

El congreso no se ha ocupado de estas observaciones y la ley, en consecuencia, no ha sido promulgada.

La responsabilidad política de los ministros ante las cámaras, de la cual el voto de censura es la forma directa, es, como ya sabemos, la función sustancial del régimen parlamentario, necesario en las monarquías constitucionales.

En las repúblicas, dada la existencia de un presidente electivo, alternable y responsable, la responsabilidad política del ministerio no es necesaria. Los ministros pueden ser simples secretarios del presidente, depender exclusivamente de éste, en cuanto á su conservación en el puesto y no entrar en relación directa con las cámaras. Tal es el régimen presidencial de los Estados Unidos del Norte.

En relación directa el presidente con las cámaras, los conflictos entre ambos poderes, revisten un cáracter más trascendental y grave. Violenta fue la lucha sostenida entre las cámaras americanas y el presidente Jackson, y en el fragor de ella, el senado lanzó un voto de censura contra el presidente, en la sesión del 24 de marzo de 1834. El presidente protestó de la resolución y sostuvo con vigor la independencia presidencial: la opinión popular se puso de su lado, y en la inmediata renovación parcial del senado, en la sesión de 16 de marzo de 1837, se tarjó el texto del voto de censura y se anotó al márgen "Borrado por órden del Senado."

Este carácter de gravedad que ofrecen las luchas directas entre el presidente y las cámaras, inspiró á algunos tratadistas, hace medio siglo, la idea de trasplantar á las repúblicas, la responsabilidad política de los ministros. Laboulaye decía: "Hoy se encuentra más de un inconveniente, en el sistema de la responsabilidad exclusiva del presidente y se comienza á hablar en América, de la responsabilidad de los ministros. Se han apercibido, de que en la monarquía, con ministros responsables, que en cualquier momento la opinión puede separar y reemplazar con hombres, que representen mejor al país, hay más libertad y verdadera democracia, que en América, donde una vez que un hombre es nombrado presidente, representa por cuatro años la administración, sin que se pueda tocar á su poder. Es cierto, que ha sido nombrado por una corriente política, pero al fin se sabe cuanto es mudable la opinión, y resulta de aquí, que un presidente puede,durante cuatro años, gobernar solo, con su propio espíritu, y sin escuchar el querer del pueblo."

Estas ideas no fueron aceptadas en los Estados Unidos, que han mantenido perseverantemente su régimen presidencial. Las demás repúblicas de América las acojieron, y el voto de censura entró en sus prácticas y en sus leyes, aunque no explícitamente en sus constituciones.

En la gran república del Norte, las eventualidades políticas no conmueven el edificio nacional. Pequeño componente es la política, en la vida social que la domina, la absorve y la envuelve en su marcha gigantesca,como el caudaloso rio lleva el afluente que se le une.

En las repúblicas latinas al contrario, el estado es la fuente casi única de la vida nacional. La política lo domina todo: sus agitaciones son las agitaciones de la nación, trastornan todos los intereses y paralizan todo movimiento. Es necesario emplear los medios, que hagan menos trascedentales las luchas entre los dos altos poderes y uno de esos medios, el más apetecido por las aspiraciones democráticas, es el voto de censura,

con el cual, mediante el sacrificio de unos cuantos ministros, se pone á cubierto al presidente de la república, de los ataques fundados ó inmotivados de las cámaras .

*
* *

Las disposiciones de los incisos 4 y 24 del artículo 59 y los artículos 64 y 66, que yá conocemos, dan á las cámaras legislativas y sólo á ellas, la facultad de abrir el juicio de responsabilidad criminal contra los altos funcionarios públicos. La declaración de la de senadores, de no haber lugar á formación de causa, los pone á cubierto de toda persecución y la de haber lugar á ella, los suspende del cargo y los entrega á la jurisdicción respectiva.

Sobre todo funcionario público, aún los colocados en los grados inferiores, ejerce el congreso, ese alto poder de investigación y represión, á mérito de la facultad general que le da el inciso 4º del artículo 59, de que hemos hecho mención. El Congreso está así investido, de la mayor parte del poder conservador, poder que unido á su inevitable irresponsabilidad, lo coloca muy por encima de los otros poderes públicos.

*
* *

Muy importante es la atribución que concede la carta, á la cámara de senadores en el inciso 2º del artículo 66, de dirimir las compentencias entre las cortes superiores y la suprema y entre esta y el poder ejecutivo.

CAPITULO XIX

DE LA FORMACIÓN DE LAS LEYES

Art. 60. En cada cámara se iniciarán, discutirán y votarán los proyectos de ley, conforme al reglamento interior.

Art. 67. Tienen el derecho de iniciativa en la formación de las leyes:

1.º Los Senadores y Diputados:

2º El Poder Ejecutivo:

3º La Corte Suprema, en asuntos judiciales.

Art. 68. Aprobado un proyecto de ley en cualquiera de las Cámaras, pasará á la otra para su oportuna discusión y votación. Si la Cámara revisora hiciese adiciones, se sujetarán estas á los mismos trámites que el proyecto.

Art. 69. Aprobada una ley por el Congreso, pasará al Ejecutivo para que la promulgue y haga cumplir. Si el Ejecutivo tuviese observaciones que hacer, las presentará al Congreso en el término de diez días perentorios.

Art. 70. Reconsiderada la ley en ambas Cámaras con las observaciones del Ejecutivo, si, no obstante ellas fuese aprobada nuevamente, quedará sancionada y se mandará promulgar y cumplir. Si no fuese aprobada, no podrá volver á tomarse en consideración hasta la siguiente Legislatura.

Art. 71. Si el Ejecutivo no mandase promulgar y cumplir la ley, ó no hiciese observaciones dentro del término fijado en el artículo 69, se tendrá por sancionada, y se pomulgará y mandará cumplir por el Ejecutivo. En caso contrario, hará la promulgación el Presidente del Congreso, y la mandará insertar, para su cumplimiento, en cualquier periódico.

Art. 72. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones á las resoluciones ó leyes que dicte el Congreso en ejercicio de sus atribuciones 2.ª ; 3.ª y 10.ª

Art. 74. Será nominal la votación de todo asunto que directamente comprometa las rentas nacionales.

Art. 75. Para interpretar, modificar ó derogar las leyes, se observarán los mismos trámites que para su formación.

Art. 76. El congreso, al redactar las leyes usará esta fórmula: "El Congreso de la República Peruana (Aquí la parte razonada) ha dado la ley siguiente: (Aquí la parte dispositiva) Comuníquese al Poder Ejecutivo, para que disponga lo necesario á su cumplimiento."

Art. 77. El Ejecutivo, al promulgar y mandar cumplir las leyes usará esta fórmula: "El Presidente de la República:—Por cuanto el Congreso ha dado la ley siguiente (Aquí la ley).—Por tanto, mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.

La formación de las leyes exige un procedimiento complejo, sujeto á reglas uniformes y adecuadas, que garantizen su bondad intrínseca y sus requisitos externos. La reglamentación del procedimiento parlamentario es tan necesario para la expedición de las leyes, como la del procedimiento judicial lo es para la de los fallos de los tribunales.

Las formas principales, en esta materia, son de orden constitucional, y las de aplicación de éstas y de detalle, de orden secundario, y deben estar contenidas en los reglamentos de las cámaras.

Nuestra constitución contiene, aún que con deficiencia, las reglas principales sobre la formación de las leyes, y se refiere, en el artículo 60 de la Carta, al reglamento de las cámaras legislativas. Este reglamento fué dictado en 1853, y por eso sus referencias á la constitución, lo son á la Carta de 1839 vigente en tonces.

*
* *

La ciencia de la legislación establece, que las decisiones legislativas que interpretan, modifican ó derogan las leyes existentes, son también leyes, y, por

consiguiente, en su expedición, deben observarse las mismas formas que para las innovativas.

*
* *

La expedición de las leyes, es el objeto principal del encargo que el pueblo hace á sus representantes en las cámaras legislativas, y á éstos, en consecuencia, corresponde la iniciativa de la ley.

Al poder ejecutivo se le reconoce tambien ese derecho, porque encargado como está de la ejecución de las leyes y de la administración, conoce los vacíos é imperfecciones de aquellas, y las necesidades de esta, y se encuentra en aptitud de ejercerlo acertadamente.

Por último, el poder judicial, representado por el más alto de sus tribunales, es competente para iniciar leyes que tiendan al mejoramiento de la administración de la justicia, que es uno de los más caros intereses de los pueblos.

La proposición, según el reglamento, se sujeta al trámite de tres lecturas en sesiones distintas, trámite que puede ser dispensado por la cámara. En seguida se la admite ó no á discusión, y admitida pasa para dictamen á la comisión que corresponda, salvo que la cámara dispense el trámite de comisión.

Para este efecto, el presidente de cada cámara nombra, con aprobación de esta, al principio de cada legislatura, las indicadas comisiones.

La organización de estas en una y otra cámara, la manera como funcionan, las facultades de que están investidas, sus obligaciones, etc., se detallan en el reglamento de las cámaras.

Con el dictamen de la comisión ó sin él, si no es presentado en el término de ocho días, y así lo acuerda la cámara, pasa el asunto á la orden del día, hasta que llegue su turno para la discusión.

El procedimiento en el debate, las cuestiones de orden ó incidentales, la concesión y uso de la palabra,

las facultades de la mesa para hacer guardar el orden, etc., son también materia del reglamento.

*
* *

Además del caso previsto en el artículo 74 de la Carta, el reglamento dispone que las votaciones se hagan nominalmente, ya se trate de la admisión á debate de una propósición, de si está ó no suficientemente discutida, ó de la proposición misma, si así lo exigiere la importancia del asunto, á juicio de la cámara ó del congreso en su caso.

La votación ordinaria, que se hace por el signo de ponerse de pié, se emplea en todos los demás casos, salvo en los asuntos de interés particular, en los cuales se verifica por balotas blancas y negras, designando las primeras la aprobación y las segundas la desaprobación.

Para que un asunto quede votado, es indispensable un número de votos igual, por lo menos, á la mitad más uno de los dos tercios del número total de representantes que forma cada cámara, estén ó no presentes dichos dos tercios.

Si hecha la votación no resulta la expresada mayoría, no se vota el asunto hasta la siguiente sesión. Si en esta tampoco se alcanza, se aplaza para la siguiente, y si lo propio sucede en la tercera, se reserva la votación, para cuando estén presentes los dos tercios ó más del total de miembros de la cámara.

El reglamento detalla las obligaciones de los representantes en orden á las votaciones, y las facultades del presidente para hacerlas cumplir.

*
* *

Igual disposición á la del artículo 68 de la cartá contiene el reglamento. En la cámara revisora, el proyecto se sujeta á los mismos trámites que en la de origen, y á su vez, toda adición ó modificación intro-

ducida por aquella en el proyecto, se somete á iguales trámites.

*
* *

La misión principal del poder ejecutivo es cumplir y hacer cumplir las leyes, y es parte de esa misión, dictar el mandato de ejecución de ellas, que implícitamente contiene la certificación de la exactitud de su texto. La espedición de este mandato ó decreto es la promulgación.

*
* *

La facultad de hacer observaciones á las leyes, sin otro efecto que el de una nueva discusión en las cámaras, que pueden insistir en la ley observada, en la misma legislatura y por simple mayoría de votos, no es el veto suspensivo y es un remedio casi ineficáz, contra la inconstitucionalidad ó inconveniencia de las leyes.

Cuando nos ocupemos del poder ejecutivo, trataremos con más detenimiento esta importante materia, y nos limitamos por ahora á hacer notar, que en las otras repúblicas de América, se establece esta facultad de objetar las leyes en forma realmente provechosa para el acierto de su expedición.

En los Estados Unidos, y en casi todas las demás repúblicas americanas, para que la ley devuelta por el ejecutivo sea sancionada, necesita dos tercios de votos en cada cámara en la nueva votación. En las demás repúblicas, la nueva discusión de la ley objetada, es aplazada hasta la inmediata legislatura en que haya renovación de personal.

Se justifica por si misma la disposición del artículo 72, que no permite las observaciones del ejecutivo, respecto de las atribuciones del congreso para abrir y cerrar sus sesiones en el tiempo designado por la ley, designar el lugar de ellas, determinar si ha de haber

ó no fuerza armada, en qué número y á qué distancia, y proclamar la elección del presidente y de los vicepresidentes de la república, y hacerla cuando no resulten elegidos según la ley.

La omisión del presidente, respecto de la promulgación de la ley no puede producir su ineficacia y por eso se dá en tal caso, al presidente del congreso, la facultad de promulgar.

* * *

Las fórmulas que establece la carta para la redacción de las leyes, no ofrecen nada de especial.

* * *

Nada establece la constitución respecto de la publicación de las leyes.

La publicación de la ley, es el medio que se emplea para hacer posible su conocimiento por los habitantes de todo el territorio. Este medio, es generalmente, su inserción en periódicos oficiales. Elemento esencial de la publicación, es el trascurso del tiempo necesario para que pueda ser conocida en los diversos puntos del territorio. Según algunas legislaciones, la ley es obligatoria, sucesivamente, en cada lugar, á medida que trascurren los términos de las distancias respectivas, y según otras, se deja correr el de la mayor distancia, para hacerla obligatoria en todo el territorio simultáneamente.

Nada expreso existe entre nosotros, respecto del momento en que las leyes son obligatorias. El artículo 1º del título preliminar del código civil, se limita á disponer que: "Las leyes obligan en todo el territorio de la República después de su promulgación." No puede dejar de interpretarse esta ley, en el sentido de que, la obligación de obediencia á la ley, co-

mienza para cada lugar, cuando ha corrido el término de su distancia de la capital de la república, ó del departamento en donde se halla publicado. Exigir obediencia á una ley, que no ha podido ser conocida, sería una injusticia y un absurdo. Debe salvarse la omisión de nuestras leyes sobre este punto.

CAPITULO XX

DE LA REUNIÓN DE CÁMARAS

Art. 62. Las Cámaras se reunirán:

1.º Para ejercer las atribuciones 2.ª, 3.ª, 10.ª, 11.ª, 12.ª, 14.ª, 15.ª, 16.ª, 20.ª y 24.ª del artículo 59:

2.º Para discutir y votar los asuntos en que hubiesen disentido, cuando lo exija cualquiera de las Cámaras; necesitándose, en este caso, dos tercios de votos para la sanción de la ley.

Art. 63. La Presidencia del Congreso se alternará entre los Presidentes de las Cámaras, conforme al Reglamento interior.

La carta, incurriendo en grave contradicción, abandona el sistema de la dualidad, y establece la reunión de las cámaras, en los casos que enumera el artículo 62.

Las atribuciones 14, 15 y 16, son las legislativas de carácter internacional, relativas al ingreso de tropas extranjeras en el territorio, á la declaración de la guerra ó la celebración de la paz, y á la aprobación ó desaprobación de los tratados internacionales, concordatos, etc.

No hay razón para abandonar el principio de la dualidad en la expedición de estas leyes, y, al contrario, la hay para considerarlo más imperiosamente reclamado por la naturaleza de tales deliberaciones. Las relaciones internacionales, mas que otros muchos de los intereses públicos, exigen la reflexión, la calma, el espíritu de tradición y la presindencia de prejuicios, para el acierto de las decisiones, y es por esto que el elemento del senado, que representa bajo el régimen

de la dualidad tales condiciones, debe intervenir en aquellas con toda la eficacia que se deriva de su estructura.

En tal grado es necesario ese elemento de sabiduría y de frialdad de ánimo en los asuntos internacionales, que muchas constituciones excluyen de su deliberación á la cámara baja, propensa á la pasión y á las soluciones violentas.

La atribución 20, esto es, la de declarar á la patria en peligro y autorizar la suspensión de las garantías individuales, es la más grave y trascendental entre las de orden interno. Su ejercicio reclama, en consecuencia, alto grado de reflexión y de prudencia, y es inaceptable que se le abandone al régimen de la unidad parlamentaria, expuesta á los resultados de la precipitación y de la irreflexión.

La aprobación ó desaprobación, en congreso, de los actos del poder ejecutivo, que es el objeto de la atribución 24, ofrece, además de los inconvenientes de carácter general, inherentes al sistema de la unidad, otro especial y de no pequeña significación.

Es posible que en sesión de congreso, con el voto de una gran mayoría de senadores y con el de un número relativamente pequeño de diputados, se desaprueben los actos del poder ejecutivo. Llega entonces el caso de la acusación contra el presidente y los ministros; pero es posible que en la cámara de diputados, que es la llamada á hacerla, no obtenga la mayoría necesaria. Se crearía así una situación anómala por la oposición entre la resolución del congreso y la de la cámara.

Como á esta corresponde el derecho privativo de la acusación, lo lógico es que sea esta la que ejerza la atribución 24ª si es que se cree necesario consignar tal atribución, independientemente de la de acusar que le corresponde y que la supone.

En cuanto á las atribuciones 11 y 12, no se descubre el motivo que justifique abandonar para su ejercicio el régimen de la dualidad.

En suma, no hay caso alguno de deliberación en

que sea necesario ni útil separarse del sistema de la dualidad, y nuestos constituyentes estuvieron muy desacertados al escojer para su sistema contradictorio, precisamente las deliberaciones, que han menester más que otras muchas, del de la dualidad.

La reunión de cámaras solo cabe para practicar actos, que por su naturaleza no pueden descomponerse, como escrutinios, elecciones, y para oir el mensaje presidencial.

Para tales casos se dispone en algunas constituciones, como en la de Chile, que el presidente del senado preside la sesión y que esta se verifica en la sala del senado, lo que adoptado por nosotros, haría innecesarias las atribuciones 2ª y 3ª del congreso y lo dispuesto en el artículo 63.

*
* *

La reunión de las cámaras, para discutir y votar las leyes en caso de disidencia, destruye absolutamente el principio de la dualidad.

Esta no consiste, como ya sabemos, en que haya dos cuerpos que funcionen con separación, sino en que representen diversos elementos: la una la opinión dominante en el país, la otra la opinión ilustrada, las verdaderas conveniencias nacionales. Las leyes deben obtener dos votos para su sanción: los votos de esas dos opiniones, y si no los alcanzan no deben ser expedidas. No es posible, por lo mismo abandonar el sistema para buscar la verdad y la conveniencia de la ley en la suma de los votos individuales. Los diputados y los senadores, pueden estar, y están efectivamente, y así lo manifiesta la disidencia, animados de diversos propósitos y guiados por distintos criterios y es imposible sumar cantidades heterogéneas.

El número de los senadores en el Perú, es de un tercio próximamente del de diputados, de manera que cualquiera que sea el quorum de votación que se adopte en congreso pleno, el senado es comunmente

vencido. Lo que se sacrifica con este resultado, no es la opinión de la minoría á la de la mayoría, sino la mejor opinión á la menos buena, y tal vez los verdaderos intereses nacionales á la pasión y á la irreflexión.

No existía en las constituciones anteriores á la del 56, el raro expediente de la reunión de las cámaras para resolver las disidencias. Un proyecto desechado por la cámara revisora, no podía ser nuevamente presentado en la de origen, hasta la siguiente legislatura. Fué la carta del 56, la que introdujo este erróneo régimen,pero es de advertir que según esa carta,las llamadas cámaras eran las dos mitades del congreso, idénticas en todo, y con tal organización, que en el fondo era la de la unidad, era lógico que el número resolviera la disidencia.

Reformada la constitución del 56, y habiéndose vuelto en la del 60 á la dualidad de cámaras,es contradictorio con el principio,el medio de la reunión, contradicción que pasó desapercibida para los reformadores.

El medio de la reunión de cámaras es desconocido en las constituciones extranjeras.

El método empleado en las constituciones de la Argentina, de Chile, del Brasil y otras muchas, es el siguiente, en lo sustancial:—Un proyecto de ley desechado totalmente por la cámara revisora, no puede presentarse nuevamente en la legislatura del mismo año.

El proyecto adicionado ó modificado por la cámara revisora, vuelve á la de orígen, y si son desaprobadas las adiciones ó modificaciones, se envía segunda vez á aquella.

La ratificación en esta, de las adiciones ó modificaciones necesita dos tercios de votos, y del mismo modo,un segundo rechazo en la primitiva,ha menester de igual votación; no habiendo esos dos tercios, quedan aprobadas.

*
* *

El inciso 2º del artículo 62, de que nos ocupamos, explícitamente establece que en caso de disidencia, son necesarios los dos tercios de votos del congreso para la sanción de la ley. No cabe dudas á este respecto: para que sea ley, ó el proyecto de la cámara de orígen que es la que insiste, ó el modificado de la cámara revisora necesita, uno ú otro, dos tercios de votos en su favor. Desechada pues la insistencia ó sea el proyecto originario, por no alcanzar los dos tercios de votos, debe ponerse en votación el de la revisión y será ley si obtiene dichos dos tercios.

Sin embargo de la claridad de la disposición constitucional, se sigue por el congreso una práctica contraria. Se pone en votación la insistencia, y no obteniendo dos tercios de votos en favor, se declara, no solamente desechada la insistencia, sino aprobado sin ninguna otra forma,el proyecto de la cámara revisora.

Esta práctica, opuesta al precepto constitucional, y que reagrava los inconvenientes resultados del erróneo sistema de la reunión de cámaras, ha sido, repetidas veces, objeto de reclamaciones y protestas, que sería largo narrar y aún cuando en algunas han sido atendidas, la práctica viciosa ha imperado de nuevo. Y es de advertir, que se conviene en lo vicioso de ella: así el presidente del congreso, en la sesión de clausura de la legislatura extraordinaria del 97, declaró sancionado el proyecto de ley del matrimonio de los no católicos con sujeción á esa práctica, pero expresaba, sin embargo, que á su juicio, tal procedimiento es abiertamente contrario á la constitución, pero que establecido y sostenido por el congreso en una práctica de largos años, no le era dado separarse de él, no obstante de que era partidario del proyecto que resultaba desechado. El poder ejecutivo hizo observaciones á la misma ley, y una de las principales era la forma anticonstitucional de su sanción.

CAPITULO XXI

UNIDAD DEL PODER EJECUTIVO: ELECCIÓN DEL PRESIDENTE

Art. 78. El Jefe del Poder Ejecutivo tendrá la denominación de Presidente de la República.

Art. 80. El Presidente de la República será elegido por los pueblos en la forma que prescriba la ley.

Art. 81. El Congreso hará la apertura de las actas electorales, las calificará, regulará los votos y proclamará Presidente al que hubiese obtenido mayoría absoluta.

Art. 82. Si del escrutinio no resultase dicha mayoría, el Congreso elegirá entre los dos que hubiesen obtenido mayor número de votos. Si dos ó más tuviesen igual número de votos, el Congreso elegirá entre todos ellos.

Art. 83. Si en las votaciones, que según el artículo anterior, tuviese que hacer el Congreso, resultase empate, lo decidirá la suerte.

Art. 84. Cuando el Congreso haga la elección de Presidente, deberá precisamente quedar terminada en una sóla sesión.

Art. 79. Para ser Presidente de la República se requiere:

1.º Ser peruano de nacimiento:

2.º Ciudadano en ejercicio:

3.º Tener treinta y cinco años de edad y diez de domicilio en la República.

La declaración importante que contiene el artículo 78, aunque en forma incorrecta, porque no se presenta como su objeto principal, es la de la unidad del poder ejecutivo.

Hay un jefe del poder ejecutivo que se denomina

Presidente de la República, y es este presidente el que ejerce todas las atribuciones inherentes á este poder, consignadas en la carta. El poder ejecutivo se ejerce, así, por una persona colocada á la cabeza de la administración.

Con menos incorrección expresaba el mismo principio la carta del año 39 que decía: "Es jefe supremo del Poder Ejecutivo, el ciudadano nombrado Presidente de la República" y con más propiedad, aún, la del año 28, que decía: "El supremo Poder Ejecutivo, se ejercerá por un sólo ciudadano bajo la denominación de Presidente de la República."

Los fundadores de la república de los Estados Unidos,justificaban en estos términos,en "El Federalista", el principio de la unidad del poder ejecutivo: "Los hombres de estado, los más célebres por la solidez de su juicio, se han pronunciado en favor de un jefe único del poder ejecutivo y de una legislatura numerosa. Han considerado con grande razón, la energía, como la cualidad más necesaria al primero de estos poderes, al paso que han considerado la segunda, como la más adaptada á la deliberación y á la sabiduría, y como la mejor constituída para poseer la confianza del pueblo, cuyos intereses y privilegios mantiene y defiende."

"La unidad produce la energía. La decisión, la actividad, el secreto, la prontitud, caracterizan las resoluciones de un solo hombre. Estas cualidades se encontrarán en muy pequeño grado en las deliberaciones de muchos, y á medida que aumente el número, ellas disminuirán."

"En una república, donde todo magistrado debe ser personalmente responsable de su conducta oficial, no solamente no es necesario un consejo, sino que su presencia bastará para pervertir la institución."

*
* *

No solamente el principio de la elección del presidente por el pueblo, establecido en el artículo 80,es de

orden constitucional; lo es tambien, la forma directa ó indirecta del voto.

Las constituciones de todos los países, sin excepción alguna, consignan la forma sustancial de la elección del presidente, y todas las del Perú, salvo la actual, la establecían también.

Al operarse la reforma del 60, se atribuían equivocadamente al voto directo, establecido por primera vez en la carta del 56, los abusos electorales, pero poco convencidos los reformadores, de la verdad de su afirmación, no se atrevieron á volver definitivamente, en la carta, al sistema indirecto. Juzgaban que el sistema electoral, es asunto de circunstancias, y sujeto, por consiguiente, á los cambios de la vida real, y dejaron á la ley el encargo de optar por uno ú otro régimen. La ley electoral no se hizo esperar: fué expedida en 1861, y en ella se restableció el viejo y vicioso sistema de los colegios electorales.

La omisión de la carta, ha facilitado la obra de implantar el voto directo en la novísima ley de elecciones; pero es necesario que la constitución lo consagre.

La constitución del año 23, que como sabemos, no llegó á regir, daba al congreso la atribución de elegir al presidente de la república. Este sistema se observa en Francia: las dos cámaras reunidas hacen la elección. En Suiza, el presidente es elegido, por un año, por el consejo federal, el cual es elegido por las cámaras cantonal y nacional.

En América, sólo en el Uruguay el presidente es elegido por la Asamblea General compuesta de las dos cámaras.

Cuando se expedía la constitución de los Estados Unidos, Hamilton combatía la elección del presidente por las cámaras con estas palabras: "Es necesario evitar por todos los medios posibles, la cábala, la intriga y la corrupción, estos adversarios mortales del régimen republicano. . . . La convención ha tomado todas las medidas conducentes á evitar estos peligros.

Ella ha decidido, que la elección del presidente no dependa de una asamblea preexistente, que puede ser comprometida de antemano é inducida á prostituir sus votos. De otro modo el presidente, se encontraría tentado á sacrificar su deber á sus complacencias hacia aquellos de cuyo favor depende su conservación en el poder."

Laveleye defiende con gran fuerza de convicción, el sistema de la elección del presidente por las cámaras legislativas. Es indudable que si este gran publicista, supiera por propia observación, cuanto es vivo el celo de los pueblos hispano-americanos por el ejercicio de sus funciones democráticas; cuanta la fuerza de las aspiraciones personales, cómo se forman, cambian y desaparecen fácilmente los círculos que dominan á las asambleas, y hasta que punto son inminentes las revoluciones políticas, convendría en que el sistema que sostiene, es absolutamente inaplicable en estas repúblicas.

Respecto de la facultad que da al congreso el artículo 82 cuando ninguno de los candidatos alcanza mayoría absoluta, conviene observar, que limitada esa facultad á los dos que obtienen mayor número de votos muy poca ó ninguna ventaja ofrece tal medida. Si se cree que es bastante una mayoría relativa de votos, para la obtención del cargo, lo lógico es declarar elegido al que cuenta con esa mayoría; más nó dar al congreso la facultad de preferir al que alcanzó una votación menor.

En los Estados Unidos, el congreso tiene tambien la facultad de elejir, en la misma eventualidad, entre los tres candidatos que obtienen mayor número de votos, y en ese país, con la experiencia de los graves inconvenientes que resultan de tal sistema, se ha propuesto desde el año de 1829, la enmienda de la constitución, suprimiendo esa facultad del congreso y apelando á una segunda elección popular entre los dos candidatos que obtienen mayor número de votos. So-

lamente en el caso improbable de empate, intervendría el congreso, para elejir entre los dos candidatos.

Este medio no es aceptable en los países en que las elecciones populares producen grandes agitaciones y trastornos, sin ser siempre su resultado la expresión fiel de la voluntad popular. Creemos por esto, que es necesario aceptar como elegido al que obtiene la mayoría relativa de sufragios.

El objeto de la prescripción contenida en el artículo 84, es, sin duda, evitar los peligros que resultan de la coacción y la intriga, puestas en juego en esta delicada contienda electoral, y que son mayores á medida que se prolonga el tiempo que en ella se emplea.

*
* *

La nacionalidad de origen exjida por el artículo 79 es condición unánimemente exijida para el cargo de presidente. Es necesario, sin duda, evitar todo peligro y alejar toda desconfianza, respecto de la persona que ejerce el poder ejecutivo, y á cuyo patriotismo y abnegación, están en gran manera, ligados los intereses y la vida misma de la nación. Ningún motivo de vacilación, ningún sentimiento penoso, debe existir en el espíritu del presidente, en el caso de conflicto internacional ó de oposición de intereses entre el país que gobierna y otro cualquiera. Tal condición de adhesión exclusiva, requiere la nacionalidad de origen.

El cargo de presidente es excepcional á este respecto. Muy diversas son las situaciones que crearían para todos los demás funcionarios, aquellos conflictos ó diferencias de intereses, y es por eso que todos los puestos, á excepción de la presidencia, son accesibles para todos los ciudadanos, sin distinción de origen ó naturalización.

Un largo periodo de residencia, después de la mayor edad, es el medio único de adquirir conocimiento cabal de los intereses del país, confiados á la autoridad presidencial.

CAPITULO XXII

DURACIÓN: REELECCIÓN: INCOMPATIBILIDADES: VACANCIA: RENTA: VICE-PRESIDENTES

Art. 85. El Presidente durará en su cargo cuatro años; y no podrá ser reelecto Presidente, ni elegido Vice-Presidente, sino después de un período igual.

Art. 92. Los Vice-presidentes de la República no pueden ser candidatos para la Presidencia ni para la Vicepresidencia, mientras ejercen el mando supremo. Tampoco pueden serlo los Ministros de Estado ni el General en Jefe del Ejército.

Art. 88. La Presidencia de la República, vaca, además del caso de muerte:

1.º Por perpétua incapacidad física ó moral del Presidente:

2.º Por la admisión de su renuncia:

3.º Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65:

4.º Por terminar el período para que fué elegido.

Art. 93. El ejercicio de la Presidencia se suspende.

1.º Por mandar en persona el Presidente la fuerza pública:

2.º Por enfermedad temporal:

3.º Por hallarse sometido á juicio en los casos expresados en el artículo 65.

Art. 96. El Presidente no puede mandar personalmente la fuerza armada, sino con permiso del Congreso. En caso de mandarla, sólo tendrá las facultades de General en Jefe, sujeto á las leyes y ordenanzas militares, y responsable conforme á ellas.

Art. 95. El Presidente no puede salir del territorio de la República, durante el período de su mando, sin permiso del Congreso, ni concluído dicho período, mientras esté sujeto al juicio que prescribe el artículo 66.

Art. 87. La dotación del Presidente no podrá aumentarse en el tiempo de su mando.

Art. 89. Habrá dos Vice-presidentes de la República denominados primero y segundo que serán elegidos al mismo tiempo, con las mismas calidades y para el mismo periodo que el Presidente.

Art. 90. En los casos de vacante que designa el artículo 88, excepto el último, el primer Vice-Presidente concluirá el periodo comenzado. En los casos del artículo 93 sólo se encargará del mando, por el tiempo que dure el impedimento del Presidente.

Art. 91. A falta del Presidente y del primer Vice-Presidente de la República el segundo se encargará del mando supremo, hasta que el llamado por la ley se halle expedito. En el caso de vacante, dará dentro de tercero día, las órdenes necesarias para que se haga la elección de Presidente y de 1er. Vice-presidente de la República; y convocará al Congreso para los efectos de los artículos 81 y siguientes.

Todas nuestras constituciones, con excepción de la vitalicia y la del año 39, que establecía seis años, han fijado en cuatro años el periodo presidencial. El mayor número de las constituciones americanas, establecen el mismo periodo. Colombia lo prolonga á seis y Chile á cinco.

La duración del periodo presidencial no es asunto simplemente teórico. La vida histórica de cada pueblo, debe ser atendida para su determinación. Es necesario, por una parte, que el periodo no sea tan breve, que no deje tiempo al presidente para llevar á la práctica su política y conocer el éxito de sus medidas; ni tan dilatado que rompa el vínculo del presidente con el país, haciéndolo extraño á la opinión. Una muy larga duración, traería todos inconvenientes de la monarquía, sin ofrecer ninguna ventaja y despertaría el deseo de la revolución, y un periodo muy breve, ocasionaría la instabilidad, las agitaciones constantes y la anarquía.

"Entre el comienzo y el fin del periodo cuadrienal, decía Hamilton, hay siempre un espacio considerable de tiempo, durante el cual la perspectiva de salir del poder, está bastante alejada. para dejar al presidente

la disposición de ánimo, de ejecutar las medidas que hacen parte de su política. No es, sin embargo dudoso, que con la aproximación de la nueva elección, la confianza y la firmeza del presidente disminuyen."

*
* *

Es casi unánime, en las constituciones extranjeras, el rechazo de la reelección La de los Estados Unidos, la permite, pero en la práctica, desde Washington, solo se hace una reelección.

Las consideraciones con que se ha defendido la reelección, se apoyan en la conveniencia de no privar al país, de las ventajas que ofrece la experiencia de un buen presidente y en la estabilidad, tan necesaria para el desarrollo de los intereses nacionales. Pocos hombres se encuentran, agrégase, en quienes el celo y el esfuerzo en el desempeño de arduas tareas no disminuyen, cuando tienen delante de sí la próxima pérdida de las ventajas que les ofrece el puesto que desempeñan, y al contrario aumentarán sus esfuerzos, si les es dado esperar la recompensa merecida, con la confirmación en el cargo.

En contrario, el mayor número de los publicistas y de los hombres de estado rechazan le reelección. Un candidato, que tiene en sus manos los grandes recursos del poder, se encuentra en muy diversa condición de la del simple ciudadano que aspira á la presidencia. El partido que apoya la reelección, se halla también en una situación inmensamente ventajosa: cuenta con la cooperación eficaz y decisiva de todos los agentes y empleados de la administración, que anhelan conservarse en sus puestos. El triunfo del presidente candidato es evidente.

La reelección será en muchos casos, el resultado de la coacción y el fraude y la revolución su consecuencia inevitable.

La constitución del año 28 permitía una reelección.

*
* *

Consideraciones análogas á las relativas á la no reelección, explican las incompatibilidades establecidas en el artículo 92.

Algunas dificultades sin embargo, ofrece esta disposición constitucional.

Es posible que en la víspera de la elección, y cuando el vice-presidente, que no ha ejercido el mando supremo, cuenta con la mayoría de la opinión para la elección presidencial, se encuentre en el caso, ineludibles, de encargarse del mando. No es justo, y probablemente no sería posible impedir su elección.

Por otro lado, no basta para evitar los peligros de la coacción y del abuso, que pueden cometer el vicepresidente en ejercicio del mando, los ministros y el general en jefe,declararlos inelegibles mientras desempeñan sus cargos. Es necesario señalar un periodo de tiempo anterior á la elección, en el cual hayan dejado el puesto, como lo hace el artículo 50 respecto de la elección de senadores y diputados.

* * *

Las causas de vacancia de la presidencia y de suspensión de su ejercicio, consignadas en los artículos 88 y 93 de la constitución, se justifican por si mismas.

Es asi mismo indudable,que no debe quedar á la voluntad del presidente su separación del cargo, por mandar en persona la fuerza pública ó por su ausencia del territorio, y por eso la carta dá al congreso la facultad de conceder ó negar el permiso para ello.

* * *

La renta de que disfruta el presidente de la república es de S/. 24,000 anuales, aparte de la suma destinada para los gastos de palacio.

* * *

Las constituciones de los años 34 y 39 no instituían vice-presidentes. A falta del presidente de la república, el del consejo de estado se encargaba del mando mientras se hacía la elección del presidente.

En muchas repúblicas tampoco se elige vice-presidentes: un alto funcionario se encarga del gobierno, mientras se hace la elección de presidente.

Este último sistema es el más conveniente. En gran número de casos, la elección del vice-presidente es el resultado de una transacción entre los partidos en lucha. El ménos preponderante se aparta de ella, mediante la concesión del puesto de vice-presidente y de algunos en las cámaras. Llegado el caso de que el vice-presidente se encargue del poder, no es, por consiguiente, representante de la opinión triufante, forma un gobierno impopular, combatido y débil.

En otros casos, se elige vice-presidente, á la persona que designa el candidato presidencial preponderante, con quien lo unen vínculos especiales, muchas veces de orden privado. Llamada tal persona al ejercicio de la presidencia, hará con más razón que en el caso anterior, un gobierno sin prestigio y vacilante.

En todo caso, la instalación de un gobierno, de duración más ó ménos breve, presenta todos los inconvenientes de los cambios de las administraciones, sin ofrecer ninguna de sus halagadoras espectativas.

El puesto de vice-presidente despierta mayor número de ambiciones personales, y hace en consecuencia, más graves los inconvenientes de la lucha electoral.

La inusitada institución de un segundo vice-presidente, reagrava las desventajas que dejamos anotadas·

CAPITULO XXIII

DE LAS ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE

Art. 94. Son atribuciones del Presidente de la República:

1.ª Conservar el orden interior y la seguridad exterior de la República, sin contravenir á las leyes:

2.ª Convocar al Congreso ordinario, sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte del artículo 52; y al extraordinario, cuando haya necesidad:

3.ª Concurrir á la apertura del Congreso, presentando un mensaje sobre el estado de la República y sobre las mejoras y reformas que juzgue oportunas:

4.ª Tomar parte en la formación de las leyes, conforme á esta Constitución:

5.ª Promulgar y hacer ejecutar las leyes y demás resoluciones del Congreso; y dar decretos, órdenes, reglamentos é instrucciones para su mejor cumplimiento:

6.ª Dar las órdenes necesarias para la recaudación é inversión de las rentas públicas con arreglo á la ley:

7.ª Requerir á los jueces y tribunales para la pronta y exacta administración de justicia:

8.ª Hacer que se cumplan las sentencias de los tribunales y juzgados:

9.ª Organizar las fuerzas de mar y tierra: distribuirlas, y disponer de ellas para el servicio de la República:

10.ª Disponer de la Guardia Nacional en sus respectivas provincias, sin poder sacarla de ellas, sino en caso de sedición en las limítrofes ó en el de guerra exterior:

11.ª Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados, poniendo en ellos la condición expresa de que serán sometidos al Congreso para los efectos de la atribución 16.ª, artículo 59:

12.ª Recibir á los Ministros extranjeros y admitir á los Cónsules:

13.ª Nombrar y remover á los Ministros de Estado y á los Agentes Diplomáticos:

14.ª Decretar licencias y pensiones conforme á las leyes:

15.ª Ejercer el Patronato con arreglo á las leyes y práctica vigente:

16.ª Presentar para Arzobispos y Obispos, con aprobación del Congreso á los que fueren electos según la ley:

17.ª Presentar para las Dignidades y Canongías de las Catedrales, para los curatos y demás beneficios eclesiásticos con arreglo á las leyes y práctica vigente:

18.ª Celebrar concordatos con la Silla Apostólica, arreglándose á las instrucciones dadas por el Congreso:

19.ª Conceder ó negar el pase á los decretos conciliares, bulas, breves y rescriptos pontificios, con asentimiento del Congreso; y oyendo previamente á la Corte Suprema de Justicia, si fueren relativos á asuntos contenciosos:

20.ª Proveer los empleos vacantes, cuyo nombramiento le corresponda, según la Constitución y leyes especiales.

El principio de la unidad, base de la organización del poder ejecutivo, exige que todos los funcionarios y los empleados de la administración, posean la confianza del jefe de ese poder y que, en consecuencia, corresponda á éste la facultad de nombarlos y removerlos.

En lo militar, esta atribución del presidente está limitada respecto de los generales del ejército y de la marina y de los coroneles y capitanes de navío efectivos, cuyos nombramientos, como ya sabemos, requieren la aprobación del congreso.

En el órden eclesiástico, como resultado de la existencia de una iglesia oficial única y del patronato, que dán al poder civil intervención directa en la disciplina de esa iglesia, en el manejo de sus rentas, en la erección y supresión de los beneficios eclesiásticos, iglesias, monasterios, etc., etc., los asuntos eclesiásticos son en gran parte objeto de la administración, y por eso al poder ejecutivo corresponde según la constitución, el nombramiento de los beneficiados.

Ya hemos dicho que para la presentación de arzobispos y obispos, el ejecutivo envía al congreso una

terna doble, para la elección, con arreglo á la ley de 19 de octubre de 1864.

*
* *

Las demás atribuciones administrativas son todas derivaciones de la función sustancial que corresponde al poder ejecutivo, y que consiste en cumplir y hacer cumplir las leyes y las resoluciones de los otros poderes.

Pero para cumplir y hacer cumplir las leyes, no basta siempre ordenarlo y compeler á ello por medio de la fuerza: es necesario algo más. La ley no puede descender á todos los detalles, prever todas las dificultades, remover todos los obstáculos y señalar todos los medios de ejecución. Entre la ley y su ejecución, queda un vasto campo de acción al poder ejecutivo, en el cual complementa la ley respecto de sus detalles y determina el mejor modo de cumplirla. Este es el poder reglamentario de la administración, que ejerce expidiendo decretos, órdenes, reglamentos é instrucciones y los asuntos á que se refieren son de orden internacional, de seguridad interior, económico, eclesiástico, etc., etc.

No podemos tratar aquí de establecer las diferencias, entre lo que es materia de la ley y lo que lo es de los reglamentos de la administración y nos limitaremos á indicar: que en los reglamentos, el poder ejecutivo no puede suspender las leyes ni dispensar de su ejecución; que los reglamentos, decretos, etc., tienen por único objeto la ejecución de las leyes, dentro de los límites que trazan ellas mismas, y por consiguiente ni pueden serles contrarios, ni sobrepasarlas y deben ser necesarios para su cumplimiento.

La atribución general de hacer ejecutar las leyes y demás resoluciones de los otros poderes, y el poder reglamentario, que es la forma de su ejercicio, están consignadas en los incisos 5º y 8º del artículo 94.

No bastan, sin duda, al poder ejecutivo, para llenar

su misión de hacer cumplir las leyes y las resoluciones de los otros poderes, los actos administrativos, esto es los decretos, órdenes, reglamentos é instrucciones, relativos á los diversos objetos que la constitución señala, y á todos los demás que son objeto de las leyes. Para que sus mandatos sean obedecidos, y caso de no serlo para compeler á su cumplimiento, y para conservar el órden interno y la seguridad exterior, es necesario que el poder ejecutivo tenga bajo su obediencia la fuerza pública, sin la cual la sociedad no existiría. Nuestra constitución, como todas, así lo establece y considera ese mando entre las atribuciones del ejecutivo.

*
* *

Las atribuciones políticas y conservadoras del poder ejecutivo, son las que se relacionan directamente con el ejercicio de los otros poderes.

El presidente toma parte en la formación de la leyes, con la iniciativa, con la concurrencia de los ministros á los debates, y con la facultad de hacer observaciones á las leyes.

Esta facultad de hacer observaciones á las leyes, está muy distante del veto, atribución de que debe hallarse investido el poder ejecutivo, como medio moderador de los excesos ó errores de las asambleas.

Benjamín Constant defiende el veto absoluto de los monarcas. "Un poder obligado, dice, á prestar su apoyo á la ley que desaprueba, queda desnudo de fuerza y de consideración. De fuerza, porque sus agentes le desobedecen, seguros de no desagradarle, contrariando órdenes que no están de acuerdo con su voluntad; de consideración, porque no la inspira, quién emplea su autoridad, apoyando medidas que su juicio y su conciencia condenan. Ningún poder ejecuta con celo una ley que desaprueba. Cada obstáculo es para él un secreto triunfo. No es natural en el hombre, hacer esfuerzos para vencer una resistencia que está en favor de su opi-

nión. Impedir á los hombres la acción es muy difícil, compelerlos á hacer, es imposible. Esta verdad es aún aplicable á los individuos que no ejercen ningún poder. Con mayor razón se aplica á los depositarios de una gran autoridad."

No obstante la fuerza de estas consideraciones, hay un hecho que prueba, que el veto absoluto no es necesario en las monarquías parlamentarias: el desuso en que ha caído. En Inglaterra, desde hace dos siglos, la corona no se sirve de él y lo mismo sucede en las demás monarquías. El régimen parlamentario, por una parte, establece y consolida, aún con exceso talvez, la unidad de opinión entre las cámaras y el gabinete que gobierna. La facultad de disolver las cámaras, es, de otro lado un medio menos violento, por el cual el país decide en esa diferencia de opinión, que el veto absoluto, que contraría abiertamente el régimen representativo y la independencia de los poderes.

"En un país democrático, dice Laveleye, no es necesario armar al poder ejecutivo con el veto absoluto. Rechazar definitivamente una medida, que es reclamada por la mayoría de la nación, es exponer el régimen político, monárquico ó republicano á graves peligros. El veto suspensivo, organizado como en los Estados Unidos ó como en la constitución de Francia del año 91, es preferible. Es bastante para impedir la expedición de medidas inconsultas, ó para poner resistencia á la omnipotencia de las cámaras y permite asegurarse de la voluntad del país. A este respecto, el sistema noruego, que exige la decisión de dos legislaturas sucesivas, cuando falta á la ley el asentimiento de la corona, es mejor que el sistema americano, porque obliga á consultar á los electores dos veces y después de un largo intervalo."

En los Estados Unidos, y en casi todas las repúblicas americanas, para que la ley devuelta por el ejecutivo sea sancionada, necesita alcanzar dos tercios de votos en cada una de las cámaras en la nueva votación.

En las demás constituciones, se apláza la ley, hasta la inmediata legislatura en que haya renovación.

Nuestra carta se ha apartado de uno y otro sistema: no hay, pues, en ella el veto, atribución indispensable bajo todo régimen.

La atribución que el inciso 7º da al poder ejecutivo, es relativa á la exactitud en el cumplimiento de los deberes de los jueces, de caracter externo, y no al sentido de los fallos.

Muy escasa es en general, la parte del poder moderador que corresponde al ejecutivo. Nuestra constitución es una de las que en América organiza un poder ejecutivo menos fuerte. Se han preocupado mucho los constituyentes de los peligros del abuso de los presidentes y los han investido de una autoridad débil. Tal vez sea esta circunstancia, una de las causas del exceso de poder que se arrogan con frecuencia.

CAPITULO XXIV

DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRESIDENTE

Art. 65. El Presidente de la República no podrá ser acusado durante su período, excepto en los casos: de traición; de haber atentado contra la forma de Gobierno; de haber disuelto el Congreso; impedido su reunión ó suspendido sus funciones.

Art. 64. (Ya inserto)

Art. 66.....

1º (Ya inserto)

Art. 86. El Presidente de la República, al concluir su período, dará cuenta al Congreso de sus actos administrativos para los efectos de la atribución 24, artículo 59.

Art. 59.....

24.ª (Ya inserta.)

La disposición del artículo 65, es la más notable de nuestro derecho político, respecto del presidente de la república. En ella, no se hace distinción entre la acusación por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones presidenciales, y la que se refiere á los delitos privados, ó sea aquellos que son extraños á tales funciones. Solo se permite acusar al presidente por los tres delitos allí consignados, de manera que es absolutamente inviolable en todo otro caso.

No es nuestra carta la única que establece esta inviolabilidad, contraria á las prescripciones de la justicia natural. La de Francia la establece también, con la sola excepción del crimen de "alta traición." La de Chile, la consagra sin reserva alguna, y la de Colombia sólo permite la acusación por violencia ó coacción en elecciones; por impedir la reunión constitucional de las cámaras legislativas, ó estorbar á éstas, ó á las

demás corporaciones ó autoridades constitucionales el ejercicio de sus funciones, y por alta traición.

Imitan estas repúblicas y nosotros con ellas, el régimen monárquico, según el cual el rey es absolutamente inviolable, conforme al aforismo inglés "el rey no puede hacer el mal." Tal imitación, sin embargo, no trae ninguna de las ventajas de la monarquía.

La acusación del presidente debe, sin duda, estar sujeta á reservas y formalidades especiales. El respeto y la consideración á la persona del jefe del poder ejecutivo, son condición indispensable de la fuerza de su autoridad. Su honor es en gran manera el honor de la nación, y todo proceso menoscaba el prestigio del acusado.

Es, además, indispensable garantizar la independencia del poder ejecutivo. La excesiva facilidad para acusar al presidente, haría vacilante y débil su acción; el presidente sería el subordinado del tribunal ó jurado encargado de juzgarlo; el periodo presidencial sería incierto, y la oposición dispondría de una arma formidable contra el gobierno.

Estas consideraciones, prueban la necesidad de rodear la acusación contra el presidente, de reservas y formas que impidan los procesos inmotivados, ó por hechos de escasa significación, pero no pueden fundar la inviolabilidad absoluta, ni las exageradas restricciones al derecho de acusar. Es necesario conciliar el interés de la independencia del presidente y el de su prestigio personal, con la alta necesidad de garantizar los derechos de la nación y de los individuos contra los atentados de un presidente criminal.

La constitución federal de los Estados Unidos realiza esta conciliación. El presidente puede ser acusado por traición, concusión y *otros crímenes y delitos*, y según la interpretación que á esta disposición constitucional han dado las cámaras legislativas, especialmente en las dos acusaciones que se intentaron contra el presidente Jhonson, la acusación cabe por todo crimen ó delito, que entra en la competencia del

derecho penal común, pero no por las infracciones constitucionales ó legales de orden simplemente político. Según esta interpretación, Jhonson fué absuelto por el senado, sin embargo de que con la destitución de M. Stanton, secretario de la guerra, infringía la ley que prohibía al presidente destituir, sin el consentimiento del senado, á los funcionarios en cuyo nombramiento interviene este cuerpo, y, á pesar de que esa ley, declaraba ser delito tal infracción y establecía pena.

Según esta práctica, en los Estados Unidos el presidente de la república, es realmente independiente en el ejercicio de su poder. Sólo el pueblo juzga de sus actos oficiales sean ó nó infractorios de las leyes; pero en esa república, no puede ser presidente un criminal común. El traidor, el concusionario, el asesino, el ladrón, etc., etc,, es depuesto del cargo y remitido á los tribunales comunes para su castigo.

En Méjico, el presidente es responsable por traición á la patria, violación expresa de la constitución, ataque á la libertad electoral y *delitos graves del orden común.*

En el Brasil, la responsabilidad presidencial es amplísima: no hay delito grave que deje de ser objeto de acusación.

*
* *

El presidente puede ser acusado (después de su periodo) según el artículo 64 de la carta:

"Por infracciones de la constitución, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que, según las leyes, deba imponerse pena corporal aflictiva."

Respecto de las infracciones constitucionales, que no constituyen delitos previstos en las leyes penales, es necesario observar que nuestra legislación, incurre en la omisión de no señalar pena para tales infracciones. Así, si el presidente no promulga las leyes, ó no

presenta su mensaje al congreso, si manda en persona la fuerza armada sin permiso del congreso, etc., etc., puede ser acusado después de su periodo; pero la corte suprema no tiene pena que aplicarle.

Estableciéndose, como lo hace nuestra carta, la responsabilidad del presidente por infracciones que no constituyen delitos previstos en la ley penal, hay que adoptar uno de dos caminos, ó se señala en la ley especial de responsabilidad penas para tales infracciones, como lo hacen las leyes extranjeras, ó se establece el juicio político como en Chile, en que se dá al senado "un poder discrecional ya sea para caracterizar el delito, ya para dictar la pena."

La limitación de la acusación del presidente, por sólo los delitos que merecen pena corporal aflictiva es restrictiva con exceso. Aún con referencia á nuestro código penal, no se descubre razón alguna para que el presidente después de su periodo, no pueda ser acusado por algunos delitos, como haber ejercido la presidencia estando suspenso en ella; arrogarse atribuciones que no le competen; ejecutar oficialmente ó dado curso á bula breve ó rescripto, pontificio, etc., etc., delitos que el código no castiga con pena corporal aflictiva.

No son pocos, además, los delitos oficiales, que nuestro código no consigna, y los que están indebidamente castigados con pena corporal aflictiva. Es necesario llenar vacios y operar enmiendas, pero no podrá hacerse la reforma ante la disposición constitucional que, erroneamente y siguiendo teorías viejas ya abandonadas, hace consistir en el caracter corporal de la pena, la gravedad de los delitos de responsabilidad, cuando precisamente los castigos corporales son los ménos análogos de los delitos oficiales, que comunmente exigen penas de caracter político.

No obstante la disposición, del inciso 24 artículo 59 no puede, á nuestro juicio, acusarse al presidente por infracciones de las leyes, que no constituyen delitos especialmente previstos en la ley penal, y casti-

gados por ella con pena corporal. En efecto: la infracción de las leyes en el ejercicio de un puesto público, constituye el delito de abuso de autoridad, previsto en el inciso 18 del artículo 168 del código penal y éste código castiga tal delito con la pena de suspensión y multa. La acusación por tal infracción, en consecuencia, sería violatoria del artículo 64 de la carta. Agrégase á esto, que la acusación y condenación tendrían que ser posteriores al periodo presidencial, y por lo mismo, la pena de suspensión sería inaplicable.

La responsabilidad del presidente por infracción de la ley, en general, es la forma más amplia del principio de responsabilidad, y es contradictoria con la restricción relativa á los delitos no castigados con pena corporal.

* * *

Nada establece la constitución respecto de la acusación ó querella contra el presidente, después de su periodo, por los delitos privados que haya cometido durante él. La prohibición implícita del artículo 65 no se extiende á más allá del periodo presidencial: ninguna razón podría justificarla. La intervención de las cámaras, así como la jurisdicción privativa de la corte suprema, tienen lugar respecto de los delitos é infracciones oficiales, que son los cometidos más ó menos directamente en ejercicio del cargo, y sería absurdo establecerlas, respecto de hechos que ninguna conexión tienen con los intereses públicos, y que practica el individuo y no el funcionario. Por tales hechos, el presidente es inmune durante su periodo, según nuestra carta, pero terminado éste, el particular ofendido tiene expedita su acción, en la forma ordinaria y ante los jueces comunes.

* * *

El procedimiento que se emplea en el juicio de responsabilidad del presidente, es el que detalla la ley de

responsabilidad para el de los altos funcionarios que menciona el artículo 64.

Cualquier diputado por medio de una proposición, ó cualquier particular por una petición escrita, puede pedir la acusación á la cámara de diputados. Esta cámara, después de dos lecturas en sesiones ordinarias y consecutivas, decide si admite ó no á discusión la proposición ó petición, y en caso afirmativo, pasa el asunto á una comisión de cinco diputados, la cual debe expedir dictámen en el término de quince días, acompañándolo de los documentos y las exposiciones que presenten el acusado y los acusadores. Este dictámen se discute de preferencia, en sesión permanente, y se aprueba ó desecha por mayoría de votos.

Si es aprobado, se remite el expediente al senado con esta fórmula "La Cámara de Diputados, en nombre de la República, acusa á N.—ante el Senado, acompañando los documentos que justifican la acusación." La misma cámara elije tres de sus miembros, para que sostengan la acusación ante el senado.

La cámara de senadores, envía una copia de la acusación al acusado, y nombra una comisión de tres miembros, la cual en el término de tres días, informa sobre sí hay ó no lugar á formación de causa. Este dictámen se lee en dos sesiones continuas, y se discute en la tercera, dándose aviso previo á la cámara de diputados para que asista la comisión acusadora. Concluida la discusión se retira esta comisión y el senado, constituido en sesión permanente, resuelve por mayoría absoluta si hay ó no lugar á formación de causa.

En caso afirmativo el acusado queda suspenso en sus funciones y se pasa el expediente á la corte suprema para el juzgamiento.

Es muy variado el procedimiento que se sigue en las repúblicas para hacer efectiva la responsabilidad oficial del presidente.

No obstante esa variedad, en todas se reserva, sus-

tancialmente, á las cámaras legislativas la facultad de acusar al presidente. Esta reserva es necesaria.

Si se concediera á los particulares el derecho de acusar al presidente, los procesos se multiplicarían indefinidamente con menoscabo de su prestigio y de la eficacia de su poder, y por consiguiente con daño de los intereses públicos.

La independencia del poder ejecutivo, se encuentra comprometida en todo juicio contra el presidente, y para garantizarla es necesario dar intervención en esos juicios, á los otros dos poderes y no á uno solo de ellos. Por la naturaleza de sus funciones las cámaras deben acusar y el poder judicial juzgar.

La acción del tribunal que juzga es más libre y firme, cuando la acusación viene acompañada del prestigio que le dan las cámaras que la instauran.

Las cámaras, finalmente, son las únicas que pueden usar de un poder discrecional, y tomar en cuenta para deliberar sobre la acusación, no solamente la legalidad intrínseca de ésta, sino los altos intereses políticos y de conveniencia pública.

Estas mismas consideraciones manifiestan, á nuestro juicio, que no se debe reservar á una sola de las cámaras, como en Francia, en Chile y en Méjico etc., el derecho de acusar al presidente. La acusación es un asunto de grave trascendencia y debe por lo mismo rodéarsele de las garantías y ventajas que ofrece el sistema de la dualidad de cámaras. Tampoco hay razón para que la iniciativa de la acusación corresponda á una sola de las cámaras, como generalmente se establece, dándola á la de diputados. En cualquiera de ellas, puede iniciarse el proyecto de acusación y pasar á la otra para su revisión, como en la formación de las leyes, aunque los trámites sean distintos.

Son también diversas las legislaciones respecto del juicio mismo.

En algunas repúblicas, como en Francia, en Chile y en Méjico, el senado juzga definitivamente al presidente y ninguna participación tiene en el juicio el po-

der judicial. Este procedimiento, que Tocqueville llama *juicio político*, porque el fallo es pronunciado por un cuerpo político, es el antiguo sistema inglés, adoptado en la mayor parte de las antiguas monarquías europeas, para la responsabilidad ministerial. "No puede negarse, dice el mismo autor, que el juicio político, tal como se entiende en Europa, viola el principio conservador de la independencia de los poderes y amenaza sin cesar la libertad y la vida de los hombres." Laveleye lo condena en términos idénticos.

Otro procedimiento, que llamaremos *judicial*, consiste en investir á las cámaras con el derecho de acusar, y reservar íntegramente al poder judicial su lejítima atribución de juzgar. Este sistema, adoptado en la constitución de Bélgica, la más perfecta de todas las constituciones monárquicas, ha sido adoptado sustancialmente en las monarquías modernas, Grecia, Servia y Rumania. Es el procedimiento de nuestra constitución. Generalmente se da á la corte de casación ó corte suprema la jurisdicción privativa en estos juicios, teniendo en consideración que esta corte presenta todas las garantías deseables de independencia, de imparcialidad y de luces, y que su alta posición en el orden gerárquico, la coloca fuera de toda sospecha de complacencia, de debilidad ó de temor.

Existe, finalmente, un tercer sistema, procedimiento *mixto*, en el cual el senado pronuncia la pena de destitución y aun de inhabilitación y el poder judicial, en seguida, juzga y castiga el delito conforme á la ley. Este sistema es el de los Estados Unidos, adoptado en la Argentina, en Colombia, Paraguay y Uruguay, etc. Adolece algo de los vicios del *juicio político*, pues inviste al senado de jurisdicción. En los Estados Unidos es menos peligrosa su aplicación, porque la acción del senado, para juzgar, así como la de la cámara de diputados para acusar, están muy restringidas en razón de que deben tomar como base para sus decisiones, únicamente un delito de derecho común, previsto en las leyes de la nación, y por eso es casi

imposible, que llegue el caso de una condenación, como lo ha demostrado la práctica.

*
* *

No existe en la constitución ni en las leyes ninguna disposición especial, relativa á la responsabilidad civil proveniente de actos oficiales.

Tal responsabilidad, así como la penal, está en lo general fuera del derecho común. Los actos oficiales, sean ó no delitos, deben ser reglados por la ley, teniendo en cuenta su carácter político y sus relaciones con el interés general. Son actos, más que de la persona que ejerce la función oficial, del estado mismo que lo ha encargado de su gerencia: el estado debe ser en el mayor número de los casos, el responsable inmediato para con los particulares, á quienes esos actos pueden dañar, como lo es toda sociedad por los de sus gerentes, pero reconocida esa obligación, la responsabilidad del funcionario para con el estado responsable inmediato, es asunto político, que debe ser reglado en armonía con los derechos y conveniencias generales.

Ninguna inmunidad establece nuestra legislación, respecto de la responsabilidad civil del presidente, por sus actos privados ó extraños á sus funciones oficiales. El presidente no está fuera del derecho común á este respecto: puede ser demandado, del mismo modo que los particulares, para el cumplimiento de sus obligaciones civiles, y es de este género la obligación de reparar el daño causado con actos personales.

La inviolabilidad establecida en el artículo 65 de la constitución, se refiere exclusivamente á la acusación criminal, aún por delitos privados, pero no es, ni hay razon para que sea extensiva á la responsablidad civil que de esos delitos se deriva.

Al ocuparnos de la responsabilidad ministerial, tra-

taremos más detenidamente este asunto, el más complejo y difícil del derecho político. Las doctrinas y las leyes relativas á la responsabilidad civil de los ministros son casi totalmente aplicables á la del presidente.

CAPITULO XXV

DE LOS MINISTROS

Art. 97. El despacho de los negocios de la administración pública corre á cargo de los Ministros de Estado, cuyo número, igualmente que los ramos que deben comprenderse bajo cada Ministerio, se designarán por una ley.

Art. 98. Para ser Ministro de Estado se requiere ser peruano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.

Art. 99. Las órdenes y decretos del Presidente se firmarán por cada Ministro en sus respectivos ramos, sin cuyo requisito no serán obedecidos.

Art. 101. Cada Ministro presentará al Congreso ordinario, al tiempo de su instalación, una Memoria en que exponga el estado de los distintos ramos de su despacho; y en cualquier tiempo los informes que se le pidan.

Art. 102. El Ministro de Hacienda presentará además la cuenta general del año anterior y el presupuesto para el siguiente.

Art. 103. Los Ministros pueden presentar al Congreso, en todo tiempo, los proyectos de ley que juzguen convenientes; y concurrir á los debates del Congreso ó de cualquiera de las Cámaras, pero deben retirarse antes de la votación. Concurrirán igualmente, á la discusión siempre que el Congreso, ó cualquiera de las Cámaras los llame; y tanto en este caso como en el anterior, contestarán á las interpelaciones que se les hicieren.

Art. 100. Los Ministros de Estado reunidos forman el Consejo de Ministros, cuya organización y funciones se detallarán por la ley.

Con arreglo á la ley de 26 de setiembre de 1862, y á la modificatoria de 22 de enero de 1895, los ministerios son seis, á saber: Relaciones Exteriores; Gobierno y Policía; Justicia y Culto; Guerra y Marina; Ha-

cienda y Comercio; y Fomento que comprende los ramos de obras públicas, industrias y beneficencia.

El acierto y el orden en la marcha administrativa, y los provechosos resultados de la división del trabajo aplicado á las funciones del gobierno, hacen necesaria la existencia de los ministros y la separación de los ministerios, según lo exija la diversidad de los grandes ramos de la administración. No es posible establecer una división teórica de los ministerios: esta depende del grado de desarrollo de los intereses que les están encomendados. El gobierno interior, esto es el orden público y la alta policía de seguridad; las relaciones con el poder judicial, la iglesia y la instrucción; la hacienda pública, la industria, el comercio, las obras nacionales, el ejército de mar y tierra, y las relaciones extranjeras, son, en general, esos grandes intereses, que determinan la necesidad de los ministerios.

*
* *

Las mismas consideraciones que hemos expuesto, respecto de la calidad de peruano de nacimiento, que la constitución exije para el cargo de representante, son, á nuestro juicio, aplicables al de ministro. Solo de la presidencia de la república, deben estar excluidos los peruanos por naturalización.

Ya sabemos que es atribución del presidente de la república, la de nombrar y remover á los ministros. Cualquiera intervención que se dé á otro poder, salvo por razón de responsabilidad, en el nombramiento y remoción de los ministros, es opuesta á la independencia del poder ejecutivo.

La forma del nombramiento de los ministros, se encuentra establecida en las leyes de 26 de setiembre de 1862 y 19 de febrero de 1863, cuyo estudio detallado corresponde al derecho administrativo.

*
* *

La ley de ministros de setiembre de 1862 en armonía con el artículo 99 de la constitución, dispone que no tienen valor legal los despachos, credenciales ni decretos en que el gobierno expida resoluciones ó declaratorias sobre cualquier asunto, sino están firmados por el presidente de la república y por el ministro del ramo respectivo. Dispone, además, que no serán cumplidas las órdenes oficiales, que no estén firmadas por el ministro á quien corresponda, y que solo en el caso de hallarse este legalmente impedido, lo que se hará constar, conocerá del asunto el ministro de gobierno; y si el impedido es este, pasa al ministro que designe el presidente de república.

Esta necesaria refrendación ministerial, es lo más notable en la institución de los ministros. En las monarquías, es el único límite del poder del monarca, perpétuo é irresponsable; y en las republicas, constituye un responsable inmediato del abuso, pues no lo es siempre el presidente, y es además, una garantía de rectitud y acierto en los actos de la administración.

Los ministros tienen, sin embargo, autoridad propia. Así la ley citada dispone, que basta la firma del ministro, para que sean cumplidas las notas oficiales en que se ordena la ejecución de las leyes, reglamentos y disposiciones vigentes, ó sobre asuntos del despacho, ó trascribiendo decretos ó resoluciones; que no es permitido á los prefectos, generales con mando, ni á ninguna autoridad que dependa del poder ejecutivo, exigir la firma del presidente en las notas dirigidas por cualquiera de los ministros, ni interpretar las órdenes que reciban; y que los ministros resolverán sin necesidad de acordar con el presidente los asuntos comunes sobre cumplimiento de las leyes y reglamentos.

Tienen autoridad sobre todas las oficinas dependientes de sus ministerios, en todo lo relativo al orden y regularidad de sus funciones, cumplimiento de

los reglamentos interiores, deberes de los empleados, etc., etc.

*
* *

Las obligaciones contenidas en los artículos 101 y 102 no necesitan ser comentadas, y en cuanto á la que impone el artículo 103, ya nos hemos ocupado de ella, al tratar del poder conservador del congreso.

La ley de ministros del año 62, impone á estos diversas obligaciones, relativas á la brevedad en la sustanciación y resolución de los asuntos que jiran en los ministerios y sus dependencias, á la publicación de las resoluciones y á la audiencia que deben dar á los particulares.

La misma ley dispone, que las competencias que se susciten entre los ministros sobre asuntos del despacho, las resuelva el presidente de la república.

Se ocupa la misma ley de determinar la precedencia entre los ministros.

*
* *

La ley de setiembre de 1862 declara en conformidad con el artículo 100 de la carta que "los ministros de estado forman un consejo, cuyo objeto esencial es dar unidad y dirigir la administración de los negocios del Estado, bajo las órdenes del Presidente de la República, sujetándose á la constitución y á las leyes."

La mencionada ley y la de febrero de 1863, establecen la organización del consejo y la última especialmente, determina los casos de su reunión y el caracter de deliberativo ó simplemente consultativo de su voto. Sobre esta materia que es la más importante de la institución del consejo, dispone lo siguiente:

El presidente de la república convoca al consejo cuando lo estima conveniente. El presidente del consejo ordena su reunión, siempre que el servicio público lo exije, y ordinariamente lo hace para ocuparse de

los asuntos de gravedad que se presentan al gobierno, y para acordar las providencias y resoluciones administrativas que estime de importancia. Cuando un ministro cree indispensable la reunión del consejo, por la urgencia ó gravedad del caso, lo comunica á su presidente, quien sin excusa cita inmediatamente á consejo.

El presidente de la república oye el voto deliberativo del consejo:

Cuando pide al congreso la suspensión de las garantías individuales, según la atribución 20 del artículo 59 de la constitución;

Cuando pide al congreso permiso para salir del territorio de la república, ó para mandar personalmente la fuerza armada; y

Para decretar bloqueos ó abrir alguna campaña, despues de autorizado para ello.

Debe oír el voto consultivo:

Para hacer observaciones á las leyes;

Para pedir facultad para levantar empréstitos;

Para nombrar ministros plenipotenciarios, ó residentes y enviados extraordinarios;

Para proponer vocales y fiscales de la corte suprema, nombrar general en jefe del ejército, almirante de escuadra, prefectos, director general de hacienda, del crédito público, presidente del tribunal de cuentas y presentar para arzobispos y obispos.

El presidente de la república puede consultar al consejo de ministros, los asuntos que á su juicio lo merecen. La opinión del consejo en tales casos es solamente ilustrativa.

Cuando no hay acuerdo entre el presidente y uno de los ministros, sobre cualquier asunto de su ramo, se somete el punto al consejo. Siendo acertada la opinión del presidente é infundada la del ministro, el consejo resuelve que se lleve á efecto aquella, y en tal caso, el presidente designa al ministro que debe autorizar lo resuelto por el consejo.

Cuando la opinión del consejo es contraria á la del

presidente, hay lugar á la dimisión del gabinete. Así mismo, debe este presentar su dimisión, cuando se presenta alguna oposición de gravedad ó trascendencia entre las opiniones del presidente y las del consejo, sobre alguno de los asuntos, respecto de los cuales debe el presidente oír el voto deliberativo del consejo, no pudiendo quedar ninguno de los ministros, si ha sido unánime el juicio del consejo.

CAPITULO XXVI

DE LA RESPONSABILIDAD MINISTERIAL

Art. 64. (*Ya inserto.*)
Art. 66. (*id. id.*)
Art. 104. Los Ministros son responsables solidariamente por las resoluciones que dicten en Consejo, si no salvasen su voto; é individualmente, por las actos peculiares á su departamento.

La responsabilidad oficial de los ministros, es no solamente una importante aplicación del principio fundamental, en el régimen representativo, que sujeta á responsabilidad á todo el que ejerce funciones públicas por los delitos que comete en el ejercicio de sus funciones, sino también un necesario correctivo de la inviolabilidad absoluta del monarca y de la relativa del presidente en las repúblicas.

Esta responsabilidad, por los actos practicados en ejercicio de las funciones ministeriales, es en principio, enteramente distinta de la que resulta de los que el ministro, y en general el funcionario, practica como particular. La primera es la responsabilidad oficial ó política; la segunda, la particular ó privada.

Benjamín Constant, establece esta teoría, que es sin duda la verdadera, haciendo consistir la responsabilidad oficial, en el "abuso del poder que la ley confiere al ministro" muy distinto sin duda en principio, de la usurpación ó uso de un poder que no viene de la ley. "Si autorizado el ejecutivo, dice Constant, para suspender el *habeas corpus*, un ministro hiciese un uso excesivo é innecesaio de esta autorización, sería

responsable como ministro; pero si no existiendo esa supensión, atentase contra la libertad personal, sería responsable como cualquier particular ante los jueces comunes."

Según esta teoría el ministro de la guerra, que encargado de defender la frontera, enviase al ejército en dirección opuesta, ó no diese ninguna orden para esa defensa, sería responsable como ministro, de traición á la patria; pero si se entendiese con el enemigo, como pudiera hacerlo cualquier particular, lo sería como éste, ante los tribunales comunes.

Esta distinción entre los actos oficiales propiamente dichos y la responsabilidad que de ellos resulta, y los actos privados y la que ellos imponen, verdadera en teoría, es imposible de establecerse en todos las casos prácticamente.

Es por esto que los tratadistas y las legislaciones, dan á la responsabilidad ministerial mayor amplitud. Britz, comentador de la constitución belga dice: "Para que un delito sea considerado como cometido en el ejercicio de las funciones de ministro, es preciso que un acto de estas funciones sea uno de los elmentos constitutivos del delito, ó que este acto haya servido para perpetrar ó facilitar el delito, ó que haya sido destinado á cometerlo." Thonissen, en sus comentarios á la misma constitución dice: "En su doble calidad de ciudadano y de ministro, los consejeros de la corona pueden cometer dos especies de infracciones enteramente distintas: las unas, en relación directa ó indirecta con sus funciones oficiales: las otras completamente extrañas á estas funciones. Ellos pueden asi incurrir en una doble responsabilidad. Cuando cometen una infracción extraña al ejercicio de sus funciones, son, como cualquier otro ciudadano, responsables de sus actos, sometidos á la ley penal y obligados á reparar el daño causado: esta es la responsabilidad ordinaria ó de derecho común. Al contrario, cuando delinquen en el ejercicio, ó con ocasión del ejercicio de sus funciones, incurren en una responsabilidad de naturaleza especial

y excepcional: es la responsabilidad política ó ministerial."

Siguiendo estas teorías de los comentadores, la ley austriaca considera objeto de la responsabilidad oficial de los ministros "los actos ú omisiones imputables al ministro dentro del círculo de sus atribuciones" y en otro lugar "los hechos que caigan bajo la aplicación de la ley común, cuando sean conexos con las funciones públicas del ministro inculpado." La ley griega dice que no son objeto de la responsabilidad ministerial "los crímenes y delitos cometidos por un ministro que no tengan relación con sus funciones públicas" y la ley de Rumania "los crímenes y delitos cometidos por un ministro fuera del ejercicio de sus funciones."

Ni en los tratadistas ni en las legislaciones se encuentra, como vemos en las citas anteriores, una regla precisa para distinguir en todo caso lo que debe ser materia de una y otra responsabilidad. No cabe otro criterio que el que establece Thonissen: la responsabilidad oficial cabe por "las infracciones en relación directa ó indirecta con las funciones oficiales:" la privada por "las infracciones completamente extrañas á estas funciones."

Los actos que constituyen la responsabilidad oficial, pueden clasificarse en dos grupos:

1º Las infracciones de la constitución y de las leyes por actos ó omisiones, que no constituyen delitos especialmente previstos en las leyes penales. Tales violaciones pueden cometerse, autorizando, expidiendo ó cumpliendo decretos ú órdenes opuestos á la constitución ó á las leyes, ú omitiendo el cumplimiento ó el mandato de cumplimiento de una ú otras;

2ª Cometiendo cualquier delito previsto y castigado por las leyes penales.

Las legislaciones que hemos citado de Austria, Grecia y Rumania, establecen sustancialmente estas dos clases de infracciones y señalan las penas respectivas. La ley del Brasil, que detalla los casos de la res-

ponsabilidad del presidente, contiene implícitamente la misma clasificación.

*
* *

El artículo 64 de la constitución establece la responsabilidad de los ministros, por "infracción de la constitución y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que según las leyes, deba imponerse pena corporal aflictiva."

Respecto de las infracciones de la constitución, ya hemos observado, al ocuparnos de la responsabilidad del presidente, que no existe en nuestras leyes pena para tales infracciones. El ministro que no envía su memoria al congreso, que autoriza el nombramiento ó la propuesta para el nombramiento de un funcionario, que no tiene los requisitos constitucionales, etc., debe ser acusado pero la corte suprema, tiene que absolverlo, por que no puede crear castigos.

Repetiremos, así mismo, las observaciones que entonces hicimos, respecto de la limitación de la responsabilidad, á sólo los delitos que merecen pena corporal aflictiva.

Es, sin duda, conveniente no establecer la acusación de los ministros por faltas de ninguna ó muy escasa importancia; pero la gravedad de los delitos que la exijen, no se debe medir por el caracter corporal del castigo. Delitos hay en el código, como ya lo hemos visto, castigados con penas que no son corporales y que, sin embargo, deben ser objeto de la acusación; hay delitos omitidos, inexcusables, y á los cuales tampoco podría aplicarse pena corporal y, por último, hay que reformar el código penal, sustituyendo la pena corporal que establece para algunos delitos con otras de carácter político. Ninguna reforma puede emprenderse ante esta errónea disposición de la carta.

Finalmente, en cuanto á la acusación de los ministros por infracciones de las leyes, que sin duda está

implícitamente establecida en el inciso 24 del artículo 59, y en el artículo 1º de la ley de responsabilidad, tal acusación sería violatoria del artículo 64, como lo manifestamos al hablar de la responsabilidad del presidente.

El artículo 46 de la ley de ministros de 26 de setiembre de 1862 reproduciendo el 104 de la carta dice: "Los ministros responderan solidariamente, de las resoluciones que se acuerden y expidan en consejo, si no consta de una manera expresa en el acta respectiva, que han salvado su voto."

Establecida la responsabilidad de los ministros, está fuera de duda que esa responsabilidad recae sobre los ministros que hayan concurrido con su voto, á la adopción de disposiciones que den mérito á responsabilidad. Pero no es tampoco dudoso, que no puede hacerse responsable de ningún acto de gobierno, al ministro ó ministros, que no intervinieron en él, ó que votaron en contra de su adopción, y esto, aun cuando por omisión ó descuido suyo ó ajeno, no conste expresamente la no concurrencia ú oposición. Puede presumirse mientras no haya prueba en contrario, la participación de todos los ministros en los actos del gabinete, y en consecuencia, comprenderse en la acusación á todos, pero debe reconocerse el derecho de los inculpados indebidamente para probar su no participación. El tenor literal del artículo 64 de la carta, y el del 46 de la ley de ministros, parece que excluyeran esa prueba; pero la justicia y el buen sentido se oponen á tal interpretación.

No son muchas las legislaciones que consignan la declaración, innecesaria, de la responsabilidad solidaria, pero las que la hacen, no avanzan hasta el extremo á que llega la nuestra. Así las constituciones de la Argentina y el Uruguay, establecen simplemente que "cada ministro es responsable de los actos que legaliza, y solidariamente de los que acuerda con sus colegas."

*
* *

El procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad oficial de los ministros, es el mismo que hemos expuesto al ocuparnos de la del presidente de la república. La ley de responsabilidad lo establece para todos los altos funcionarios que designa el artículo 64 de la constitución.

El sistema adoptado por nuestras leyes es el judicial, como lo dijimos entonces, según el cual la acusación corresponde á las cámaras, y el verdadero juicio, esto es, el fallo absolutorio ó condenatorio al poder judicial, sistema que, á diferencia del juicio político y del mixto, no se aparta de los principios fundamentales de la independencia de los poderes públicos y de la igualdad civil.

Las razones que justifican este procedimiento extraordinario, en el que se reserva á las cámaras el derecho de acusar y se crea la jurisdicción privativa de la corte suprema, son las mismas que expusimos en aquel capítulo de la responsabilidad del presidente. Los ministros, sin cuya refrendación no es válido ningún acto del presidente, comparten con este el ejercicio del poder ejecutivo, y ese procedimiento extraordinario, se establece en guarda, principalmente, de la independencia de este poder y de la eficacia de sus actos. Es por eso tambien, que el procedimiento extraordinario se sigue, aún cuando el ministro inculpado haya dejada el puesto, por los actos oficiales practicados cuando lo desempeñaba.

Así mismo, la observación que hicimos respecto de la iniciativa en la acusación reservada á la cámara de diputados, es aplicable á la acusación de los ministros.

*
* *

Ninguna disposición explícita contienen nuestras leyes, respecto de la acusación contra los ministros, por actos extraños al ejercicio de sus funciones, ó sea en orden á la responsabilidad privada. Los artículos 64 y 104 de la carta, tratan solamente de la responsabilidad

oficial, del mismo modo que el inciso 24 del artículo 59, que, sin duda comprende al ministro que autoriza el acto ilegal del presidente.

Ante este silencio de la ley, no cabe duda de que los ministros, como todo funcionario, salvo el presidente de la república, estan sujetos al derecho común por sus actos privados, que ninguna conexión tienen con sus funciones oficiales. La inmunidad más ó menos amplia, que en este orden se concede al presidente durante su periodo, tiene por único fundamento la necesidad de evitar los cambios presidenciales siempre peligrosos. Esa necesidad no existe imperiosamente, respecto de los ministros de duración indeterminada, y cuya cesación no produce serios trastornos.

En algunos países, sin embargo, se requiere autorización de las cámaras para entablar la acción privada, sin duda teniendo en consideración, que no siempre es fácil distinguir el acto privado del oficial, y que el ministro, por la naturaleza de su cargo, estaría expuesto á frecuentes acusaciones inmotivadas.

En conformidad con estas ideas la ley de Grecia dice: "No se aplicarán las disposiciones de la presente ley (de responsabilidad ministerial) á los crímenes y delitos cometidos por un ministro, pero que no tengan relación con sus funciones oficiales."

La de Rumania contiene una disposición idéntica pero agrega: "La instrucción y acusación, deberán ir precedidas de la autorización prévia de la respectiva cámara, si el ministro es diputado ó senador, ó de cualquiera de ellas si no es representante."

En Méjico y en Chile se exije igual autorización.

*
* *

En igual omisión incurren nuestras leyes, respecto de la responsabilidad civil de los ministros. Ni la constitución ni ley alguna se ocupan de ella, y debemos buscar en las disposiciones del derecho común y en la teoría, las reglas á que está sujeta.

"Es evidente, diremos con Thonissen, que el ministro autor de un hecho dañoso extraño á sus funciones oficiales, está obligado como todo otro ciudadano á reparar el perjuicio que es obra suya."

"Bajo esta relación, los depositarios del poder, se encuentran en todo sentido sometidos á las reglas del derecho común."

Ya se trate, pues de la responsabilidad civil proveniente de un delito privado, ya de la que nace de los cuasidelitos, la acción para demandarla es idéntica, así en el orden sustantivo como en el del procedimiento, á la que se tiene contra los particulares.

Nuestro código penal establece "que todos los que son responsables en lo criminal, lo son también en lo civil," y el código civil dispone que "cualquiera que por sus hechos, descuido ó imprudencia cause un perjuicio á otro, está obligado á indemnizarlo."

Bajo el imperio de estas disposiciones se encuentran los actos privados de toda persona, con prescindencia absoluta del cargo público que ejerza. Ninguna autorización prévia, ningún fuero especial hay establecidos para los actos privados.

Tratándose de los actos oficiales, tampoco es dudosa la responsabilidad civil, cuando es la consecuencia de la sentencia condenatoria del ministro, en el juicio de responsabilidad criminal. Todos los tratadistas la aceptan en principio, y sólo encuentran dificultades de orden práctico para hacerla efectiva, sobre todo, en favor del estado. Las legislaciones la establecen también sin discrepancia.

Según la ley austriaca, los ministros pueden ser perseguidos ante los tribunales ordinarios, para la reparación del perjuicio que resulte de un acto propio de sus funciones, ya sea el estado el perjudicado ó un particular, cuando *este acto haya sido declarado ilegal* por el tribunal de justicia del estado.

En Grecia se dispone que "la parte lesionada por los *actos criminales* de los ministros considerados en la presenta ley (de responsabilidad) tendrá derecho á

una acción civil de daños y perjuicios contra el ministro *condenado*.

Las dudas y las opiniones diversas solo se presentan, tratándose de la responsabilidad civil de los ministros, proveniente de actos dañosos practicados en el ejercicio de sus funciones, no condenados por sentencia.

Thonissen, justificando la irresponsabilidad personal del ministro por tales actos, irresponsabilidad establecida en las constituciones de Bélgica, de Francia y en muchas otras, dice lo siguiente: "A primera vista, esta conclusión que se aleja considerablemente de las reglas ordinarias, parece exhorbitante; pero cuando se penetra al fondo de las cosas, se percibe prontamente, que la adopción de este sistema es imperiosamente reclamado por el interés público. No se podría someter todos los actos de los ministros á las reglas del derecho común. Como ellos manejan los negocios públicos y no sus asuntos particulares; como sus decisiones son tomadas, no en su interés sino en el del Estado, sería á la vez injusto é irracional hacerlos como á los particulares, responsables de todo daño que puedan causar en el ejercicio de sus funciones. Se puede, pues, sin contrariar la razón y los principios de justicia, sustraerlos á una parte de la responsabilidad que pesa sobre los demás ciudadanos. El interés general no exije, que todos los actos ministeriales que causan un perjuicio den lugar á una acción judicial. Es, además, necesario que se acuerde á los ministros garantías especiales, porque ellos se encuentran más que los simples particulares, expuestos â sufrir los odiosos rencores de las ambiciones y de los intereses cuyas tendencias contrarían. La marcha de su administración sería constantemente entrabada, por el temor de una responsabilidad civil, resultado de un simple error de hecho ó de derecho. El congreso ha creído que bastaba imponer á los ministros la obligación de reparar el daño, resultado de un crimen ó delito: se ha referido en lo demás al control de las cámaras, á la vigilancia

activa de la prensa, á las censuras de la opinión pública."

"No es así, sin razón, que la corte de casación, ha dicho que la posición especial concedida á los ministros es, menos un favor que una disposición de órden público, que justifican las necesidades del gobierno."

Esta opinión no puede aceptarse de un modo absoluto. El ministro como el presidente no es responsable para con los particulares: lo es si el estado; pero este puede establecer reglas, como lo hacen muchas legislaciones, en virtud de las cuales, el ministro responderá á su vez al estado que ha indemnizado al particular dañado con los actos de aquel.

La responsabilidad en general por actos oficiales, es ante todo de orden político como lo establecimos al hablar de la del presidente.

CAPITULO XXVII

DIVISIÓN TERRITORIAL Y GOBIERNO INTERIOR

Art. 111. La República se divide en Departamentos y Provincias litorales: los Departamentos se dividen en provincias y éstas en distritos.

Art. 112. La división de los Departamentos, de las provincias y de los distritos, y la demarcación de sus respectivos límites, serán objeto de una ley.

Art. 113. Para la ejecución de las leyes, para el cumplimiento de las sentencias judiciales y para la conservación del orden público, habrá Prefectos en los Departamentos y provincias litorales: Sub-Prefectos en las provincias: Gobernadores en los distritos y tenientes gobernadores donde fuese necesario.

Art. 114. Los Prefectos estarán bajo la inmediata dependencia del Poder Ejecutivo: los Sub-prefectos bajo la de los Prefectos; y los Gobernadores bajo la de los Sub-prefectos.

Art. 115. Los Prefectos y Sub-prefectos serán nombrados por el Poder Ejecutivo; los Gobernadores lo serán por los Prefectos, á propuesta en terna de los Sub-prefectos; y los tenientes gobernadores por los Sub-prefectos á propuesta en terna de los Gobernadores.

El Poder Ejecutivo podrá remover á los Prefectos y Sub-Prefectos con arreglo á la ley.

Art. 116. Las atribuciones de estos funcionarios y su duración serán determinadas por una ley.

Art. 117. Los funcionarios encargados de la policía de seguridad y orden público dependen inmediatamente del Poder Ejecutivo, quien los nombrará y removerá conforme á la ley.

La ley de demarcación territorial de que habla la constitución no ha sido expedida.

En 1878 el poder ejecutivo sometió al congreso un proyecto de ley sobre la materia, formulado por una

comisión especial. Su discusión no terminó en la cámara de diputados.

En 20 de octubre de 1888, se expidió una resolución legislativa, que dispuso que el poder ejecutivo nombrase una comisión, para formular un proyecto de demarcación política, judicial y eclesiástica, que sería sometido á las cámaras. No se dió cumplimiento á esta disposición.

La Sociedad Geográfica de Lima, por encargo del supremo gobierno, formuló un proyecto de división territorial, que ha sido remitido á una de las últimas legislaturas.

La división actual, es el resultado de numerosas leyes y resoluciones legislativas y es alterada con excesiva frecuencia.

*
* *

Según la ley de organización interior de la república de 17 de enero de 1857, vigente en parte, por no haberse expedido la de que habla la constitución, las calidades para ser nombrado prefecto y sub-prefecto, son: la ciudadanía en ejercicio y el domicilio en la república por cinco años, y para gobernador y teniente gobernador, la misma ciudadanía y tres años de domicilio.

El nombramiento de prefecto se hace con el voto consultivo del consejo de ministros.

No se ha expedido ninguna ley que limite la facultad del presidente de la república para remover á los prefectos y sub-prefectos.

La gerarquía de estos funcionarios políticos, está establecida en el artículo 114 de la constitución.

En orden á las atribuciones y obligaciones, la ley mencionada de 1857 las determina con detalle. Entre estas, merece especial mención, la de observar las órdenes superiores que se les comuniquen en los casos que la misma ley determina, y que se reducen á su anticonstitucionalidad ó ilegalidad, ó al grave daño que de

su ejecución resultaría. Dispone la ley, que, si apesar de las observaciones, insistiese el superior en la ejecución de la orden, el inferior la cumplirá inmediatamente ó dejará el puesto al llamado por la ley, salvo el derecho de elevar su queja á quien corresponda.

La ley del 57, en conformidad con lo que disponía la carta del 56, ordena la prosecución del juicio de residencia ó de investigación, que figura también en el código de enjuiciamientos y que tenía lugar cuando el funcionario era separado del empleo, ó lo renunciaba, ó terminaba su periodo.

Este juicio de residencia, desapareció, con la reforma.

El artículo 11 de la carta del 56 fué sostituido con el que, con el mismo número figura en la actual, y en cumplimiento del cual, se dictó la ley de responsabilidad de 28 de setiembre de 1868, que no menciona ese extraño juicio.

Los funcionarios políticos de que tratamos, están pues sujetos á responsabilidad, con arreglo al precepto general de la carta contenido en el artículo 11, que ya conocemos, y á lo que disponen la ley del 68 y los códigos penales, sin ninguna de las excepciones y reservas establecidas respecto del presidente y ministros.

Bástanos pues, referirnos á lo que dijimos en el capítulo relativo á la responsabilidad de los funcionarios públicos en general.

* * *

La policía de seguridad está organizada por el decreto orgánico de 31 de diciembre de 1873, expedido en uso de la autorización legislativa de 3 de abril del mismo año.

Según esa ley, "la dirección suprema de la policía de seguridad y de orden, reside en el ministerio de gobierno, y su administración está centralizada en la dirección de policía de dicho ministerio.

Son funcionarios de policía y orden público: los prefectos, que son los jefes del ramo y tienen el man-

do é inspección de las fuerzas de policía de cada departamento; los subprefectos que, con dependencia de los anteriores, tienen el mismo carácter y mando en la provincia: y los comisarios urbanos y rurales, subordinados á los sub-prefectos.

Según el citado reglamento, la organización del servicio de policía comprende tres ramos:

1º Organización del vecindario para resistir á los ataques de los malhechores;

2º Organización de agentes especiales para servicios locales y especiales; y

3º Organización de la fuerza pública permanente de policía, para la conservación del orden, prevención de los delitos y persecución constante de los malhechores.

Los vecinos organizados constituyen la "Guardia Urbana." Para este efecto, las poblaciones se dividen en barrios. La guardia de cada barrio, es comandada por un alcalde y cuatro teniente-alcaldes, nombrados por los mismos vecinos con aprobación de los sub-prefectos, gobernadores ó tenientes gobernadores, en su caso. La orgrnización de la guardia Urbana es eventual.

La policía especial comprende:

1º La policía de seguridad en los mercados, paseos, teatros, etc., que puede hacerse exclusivamente por las municipalidades por medio de empleados nombrados y rentados por ellas, pudiendo suspender el gobierno esta facultad, en el caso de que se hiciera un uso indebido de ella;

2º La policía de establecimientos ó empresas particulares, como ferrocarriles, construcción de trabajos públicos, establecimientos industriales, agrícolas y mineros que por su naturaleza exijen cierta vigilancia. Los empleados que hacen esta polícia, son puestos y pagados por los empresarios y nombrados por el prefecto;

3º La policía rural que se organiza según las condiciones de cada provincia;

4º La guardia de cárceles en las capitales de departamentos, que puede desempeñarse por guardias permanentes, nombrados por el prefecto, en los casos en que se le confiera esta facultad por el gobierno;

5º La policía de puertos, cuya reglamentación corresponde al ramo de marina.

La fuerza pública permanente de policía comprende:

1º La guardia civil, cuyo objeto es la prevención de los delitos ó faltas y la persecusión y aprehensión de los delincuentes. Está dividida en columnas, las columnas en compañías y estas en secciones, mandadas las últimas por inspectores, las compañías por mayores de guardias y las columnas por comandantes.

2º La gendarmería, destinada á mantener el orden y la seguridad y á proporcionar á las autoridades políticas y á los funcionarios de policía, una fuerza permanente disciplinada y siempre expedita para apoyar con firmeza las órdenes de la autoridad ó las funciones de la policía civil. La gendarmería tiene la misma organización que los cuerpos del ejército, y está sujeta á las ordenanzas militares. Deben ser empleados en ella de preferencia, todos los jefes, oficiales é individuos de tropa, que se hayan distinguido en el servicio militar, por la moralidad de su conducta y celo en el cumplimiento de sus deberes.

CAPITULO XXVIII

DE LA FUERZA PÚBLICA

Art. 119. El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior; y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada á las leyes y ordenanzas militares.

Art. 120. La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y de la armada; y tendrá la organización que designe la ley.

La fuerza pública y el número de Generales y Jefes se designarán por una ley.

Art. 121. Las guardias nacionales existirán organizadas en la proporción que determine la ley.

Art. 122. No habrá Comandantes Generales territoriales, ni Comandantes militares, en tiempo de paz.

Art. 123. La fuerza pública no se puede aumentar ni renovar sino conforme á la ley. El reclutamiento es un crímen que dá acción á todos, para ante los jueces y el Congreso, contra el que lo ordenare.

El doble objeto de la defensa internacional y de la conservación del orden interior, que es el que realmente tiene el ejército, porque no puede tener otro, manifiesta la necesidad imprescindible de su existencia.

Los estados no tienen como los individuos, una autoridad superior que resuelva sus diferencias, y proteja á los unos contra los ataques injustos de los otros. Deben, en consecuencia, atender por sí mismos con su propia fuerza, á su seguridad exterior y al respeto de sus derechos. La paz interior reclama también la exis-

tencia de la fuerza sometida á la autoridad pública, Pero la fuerza pública á las órdenes del poder es sin duda un peligro para la libertad: ella, que debe estar siempre al servicio de esta, puede convertirse en instrumento de la tiranía. Evitar este peligro, es el gran problema político que ha ocupado la atención de los más esclarecidos publicistas.

La subordinación militar hace del soldado un ser pasivo, irreflexivo. Desde que sale de su pueblo para vivir en otro desconocido para él, sin parientes, sin amigos que le comuniquen sus ideas y sus sentimientos, el soldado no vé más que su jefe, no conoce más ley que la sumisión á este, deja de ser ciudadano para convertirse en una fuerza, que así puede ser movida en favor de la libertad como de la tiranía.

Para evitar este gran peligro, Montesquieu pretendía que el ejército fuera pueblo, y que estuviera animado del espíritu del pueblo, y con tal intento proponía, que todo hombre armado tuviera bienes con qué responder de su conducta y que el servicio militar fuera sólo por un año. Pretendía, además, que el poder legislativo tuviera la facultad de disolver el ejército permanente.

B. Constant creía que el ejército permanente, debe estar destinado exclusivamente á defender las fronteras y acantonado en ellas, para evitar los peligros que resultan de conservar una gran fuerza en el interior del país. Una segunda clase de fuerza, estará destinada especialmente á reprimir los delitos cometidos en el interior. Esta, no ofrecerá los peligros de la primera: estará diseminada sobre todo el territorio y tendrá ella misma conocimiento de su misión. "Acostumbrada á perseguir más bien que á combatir, á vigilar más que á conquistar, no habiendo gustado jamás de la embriaguez de la victoria, el nombre de su jefe no la llevará más allá de sus deberes y todas las autoridades del estado serán sagradas para ella." Finalmente, la guardia nacional, estará destinada á combatir las sediciones y la revolución. La guardia nacional compuesta de ciudadanos propietarios, estará siempre en favor del

orden, será su mejor sostén y no ofrecerá los peligros del ejército permanente, que no delibera, que es fuerza pasiva movible á la voluntad del que la manda."

El señor Lastarria en su excelente libro "Lecciones de Política Positiva" sostiene esta misma doctrina. "No importa, dice, que sólo el congreso legislativo pueda levantar tropas y mantenerlas, sostener la armada, formar las ordenanzas de su gobierno, intervenir en el nombramiento y ascensos de sus jefes y disponer el llamamiento de las guardias nacionales. Estas garantías son ineficaces, si por una triste necesidad hay que mantener un ejército permanente, que el ejecutivo puede emplear como un elemento de gobierno. Es indispensable, que además de aquellas garantías, se erija en institución constitucional, el principio que practican los ingleses y los anglo-americanos,—que el ejército está destinado á la defensa contra las agresiones exteriores y no debe mezclarse jamás en las cuestiones internas de política."

Otras teorías más radicales sostienen la supresión completa de los ejércitos permanentes. La guardia nacional, ó sea el pueblo proveyendo por sí mismo á su seguridad externa y á la paz en el interior, y la gendarmería para la represión de los delitos privados, son, según aquellas filantrópicas doctrinas, elementos bastantes de tranquilidad interna y seguridad exterior.

Todas estas teorías, inspiradas por el noble deseo de librar á los estados de la carga abrumadora de los ejércitos, son de imposible realización, dadas las condiciones de la existencia actual de la humanidad. Las fronteras internacionales, el predominio alcanzado por unos pueblos sobre otros; los tratados en todo orden de intereses, la vida toda de los estados descansa, más ó menos directamente en la fuerza de que dispone: esa fuerza, conserva la paz externa y por eso se la llama la paz armada. En el orden interno, es también la fuerza de que disponen los gobiernos, la que contiene el estadillo de profundas agitaciones políticas y sociales. Y este estado de cosas, en que tanto hay de in-

justo y de artificial, es el resultado de las aspiraciones, de las ideas, de las pasiones, de la historia, en fin, de los pueblos, en la cual los hechos se eslabonan tan sólidamente, que no hay voluntad humana bastante enérgica, para dirigir por otros causes la corriente de la vida.

La guerra y los ejércitos, que existen por ella y para ella, no desaparecerán del mundo, mientras las ideas y las pasiones de la humanidad no cambien radicalmente.

*
* *

Objeto de largo debate fué en el Congreso reformador de 1860, la segunda parte del artículo 119 de la constitución. La carta del 56 decía: "La obediencia militar será subordinada á la constitución y á las leyes." Esta disposición, que daba al soldado la facultad de juzgar de la constitucionalidad y legalidad de las órdenes de sus jefes, destruía, á juicio del Congreso, la disciplina militar.

Todos convenían en la necesidad de la reforma, pero en el sentir de la mayoría, el proyecto de la comisión que decía: "La obediencia militar será arreglada por la ley", era vago, y convenía precisar la idea de ser *la ley militar* y especialmente las ordenanzas del ramo, las que deben reglar esa obediencia. Este concepto dominó pues, y se creyó que quedaba bien formulado en los términos que aparecen en la carta, son así, las leyes militares y las ordenanzas del ramo, las que arreglan la obediencia militar.

El problema de la obediencia militar, es objeto de las más encontradas opiniones entre los tratadistas y de las más variadas disposiciones en las legislaciones de los pueblos. ¿Debe ser absoluta, ciega, puede deliberar el soldado?

No abrigamos la pretensión de resolverlo, ni de decir nada nuevo sobre la materia, y nos limitaremos á

reproducir los siguientes conceptos de Constant, que creemos incontestables.

"Esta obediencia, tal como se nos la presenta y recomienda, es gracias al cielo, completamente imposible. Aun en la disciplina militar, esta obediencia pasiva tiene sus límites que la naturaleza de las cosás le traza, á despecho de todos los sofismas. Se encuentra hermoso decir, que los ejércitos deben ser máquinas y que la inteligencia del soldado está en la orden de su caporal. ¿Un soldado deberá á la orden de su caporal ébrio, disparar su fusil sobre su capitán? El debe, pues, distinguir si el caporal está ébrio ó no, debe reflexionar que el capitán es una autoridad superior al caporal. He aquí la inteligencia y el examen requerido en el soldado. ¿Un capitán deberá á la orden de su coronel, marchar con su compañía, tan obediente como él á arrestar al ministro de la guerra? He aquí la inteligencia y el exámen requeridos en el capitán. ¿Un coronel deberá á la orden del ministro de la guerra, poner mano atentatoria contra el jefe del estado? Hé aquí la inteligencia y el examen requeridos en el coronel. No se reflexiona, exagerando la obediencia pasiva, que los más dóciles instrumentos pueden ser manejados por todas las manos, y tornados contra los primeros amos, y que la inteligencia que lleva al hombre al examen le sirve, tanto para distinguir el derecho de la fuerza, y al que tiene el derecho de mandar de aquel que usurpa el mando.

En tésis general, la disciplina es la base de toda organización militar; la puntualidad en la ejecución de las órdenes recibidas, el resorte necesario de toda administración civil. Pero esta regla tiene límites: estos límites no se pueden describir, porque es imposible prever todos los casos que pueden presentarse, pero se sienten; la razon de cada uno los advierte. Cada uno es juez y necesariamente el solo juez, y juzga á sus riesgos y peligros. Si se equivoca incurre en pena; pero no se conseguirá jamás que el hombre prescinda totalmente del examen, de la inteligencia que la natu-

raleza le ha dado para conducirse, y de la que ninguna profesión puede dejar de usar."

Los ejércitos permanentes son pues un mal necesario y la obediencia, aún cuando en teoría no sea absoluta y ciega es inherente á la institución, á lo menos en grado tal, que hace de ella una amenaza para las libertades públicas é individuales. Es por esto indispensable, buscar en las reglas de su organización algun correctivo contra sus peligros.

*
* *

La ley de 26 de diciembre de 1898 organiza el ejército terrestre.

Según esta, todo peruano está obligado al servicio militar desde la edad de 19 años hasta la de 50.

Los exceptuados de esta obligación son:

1º Los notoriamente inhábiles para el servicio de las armas, por defecto físico ó enfermedad crónica incurable;

2º Los miembros del clero secular y regular;

3º Los que prestan sus servicios en las fuerzas navales.

El servicio militar terrestre se presta:

1º En el Ejército;

2º En las Guardias Nacionales ó fuerzas territoriales.

El ejército se compone de los voluntarios, de los enrolados y de los sorteados ó conscriptos, llamados al servicio conforme á esta ley. Son voluntarios los jóvenes de 19 á 30 años, que sin corresponderles el servicio se alistan en las filas del ejército, y los soldados de 23 á 30 años que terminado su periodo obligatorio, quieren continuar en el servicio. Los alistamientos son por no menos de cuatro años, y los contratos se extienden por escrito, con los requisitos y formalidades que prescriba el reglamento.

Son sorteados ó conscriptos los que figuran en las listas de los contingentes por designación de la suerte.

Estas listas de contingentes se forman del modo siguiente:

El 1º de enero de cada año, todos los peruanos que tengan 18 años cumplidos, deben presentarse personalmente ó por escrito ó por apoderado, ó en su defecto sus padres ó guardadores, ante la junta conscriptora de la provincia, á fin de que aquellos sean inscriptos en el registro de conscripción. Para este objeto, los subprefectos por medio de bandos y por los periódicos, harán saber el día en que principia la inscripción y el plazo en que debe hacerse. Los registros corren á cargo de los subprefectos y son llevados con las formalidades que la ley designa.

La junta conscriptora se compone del subprefecto que la preside, del juez de paz de primera nominación, de uno de los síndicos municipales, de un militar designado por el jefe de la zona y de un médico ó empírico. A esta junta corresponde verificar y rectificar anualmente los registros de conscripción, examinar á los jóvenes, expedir los certificados de excepción y practicar los sorteos. La junta expide el boleto de inscripción con las especificaciones que designa la ley. Existe además, una junta revisora para oir y resolver las quejas ó reclamaciones contra la de inscripción, y la componen el juez de primera instancia, el alcalde municipal, un médico ó empírico, el párroco de la matriz y un militar.

Cada año, en el día que designe el reglamento, se hace en cada provincia un sorteo de los inscritos que tengan 19 años, para determinar el lugar de cada uno en la *lista del contingente*. El sorteo se verifica con las formalidades que la ley prescribe.

Cuando los sub-prefectos reciben la órden de enviar un contingente, disponen que los gobernadores remitan á la capital de la provincia, á los designados que corresponda á su distritos, según los números de orden.

El tiempo del servicio obligatorio en el ejército activo, es de cuatro años para las armas de caballería y artillería y tres para las de infantería.

Vencido el tiempo obligatorio, el licenciado pasa á la primera reserva. Esta se compone: de los hombres de 23 á 30 años, de los jóvenes de 19 á 23 que contraen matrimonio antes de ser llamados al servicio, y permanecen en esta reserva hasta los 30 años, y de los alumnos de las universidades y escuelas técnicas nacionales desde 19 hasta 30 años.

Forman la segunda reserva: los menores de 30 años y mayores de 25; los directores titulares y en ejercicio de las escuelas nacionales y municipales, desde 19 hasta 35 años, los profesores titulares y en ejercicio de los colegios y escuelas técnicas nacionales, los catedráticos titulares y en ejercicio de las universidades nacionales, y los diplomados que ejerzan profesión liberal, desde los 19 años de edad hasta los 35.

La ley dispone que los obligados al servicio, pueden pedir que se les excluya del sorteo, permaneciendo en la clase de supernumerarios, ó que se les baje á la primera reserva, pagando para lo primero una prima de quinientos soles y mil soles para pasar á la reserva. Los condenados á la pena de enrolamiento pueden librarse de ella pagando quinientos soles.

Las bajas del ejército se llenan con los voluntarios, los enrolados y los sorteados en el orden indicado.

En caso de guerra extranjera, son llamados al servicio los soldados de la primera reserva, principiando por los más jóvenes,y aún los de la segunda sino bastasen los de la primera, y quedan entónces sujetos á las ordenanzas, leyes y reglamentos que rigen en el ejército, y disfrutan de los mismos haberes y preeminencias que en este se tienen.

Fuera del caso de guerra extranjera, la 1ª reserva solo puede acuartelarse hasta por dos meses en todo el periodo, para solo el efecto de la instrucción. Tanto la primera como la segunda reserva, pueden ser con-

vocadas una vez en el año, para revistarlas é inspeccionarlas.

***

Las guardias nacionales ó fuerzas territoriales son formadas:

1º Por los hombres mayores de treinta y cinco años y menores de cincuenta;

2º Los médicos y practicantes en ejercicio de los hospitales públicos y de los otros hospitales establecidos, en el número que determine la facultad de medicina;

3º Los jueces permanentes;

4º El hijo único de viuda pobre y el de padre pobre mayor de 60 años. Si dichos madre ó padre tuvieran dos ó más hijos, solo gozará de esta excepción el hijo que uno ú otro designe;

5º El viudo que sea padre de hijos menores de 14 años;

6º Los maestros de postas, postillones y conductores de correos;

7º Los telegrafistas al servicio del poder ejecutivo;

8º Los primeros jefes de las oficinas públicas, alcade municipal y directorio de las sociedades de beneficencia pública.

La ley deja al reglamento especial la organización de las guardias nacionales.

La guardia nacional presta sus servicios, únicamente, dentro de los límites del distrito militar en que está organizada. Llamada al servicio la guardia nacional, queda desde entônces sujeta á las obligaciones y con los goces del soldado.

***

Las fuerzas marítimas ó armada nacional estan sujetas, en parte, al reglamento orgánico de 6 de Julio de 1847.

Ese reglamento, entre otras materias, determina el modo de proceder en el enganche.

La ley de 8 de noviembre de 1878, establece los requisitos para la expedición de los títulos de guardiamarina, y para los ascensos que dependen del ejecutivo, pues los de capitán de navío, general y contralmirante de marina los hace el congreso á propuesta de aquel.

Rige un código de marina aprobado por ley de 30 octubre de 1886.

El mando de la armada nacional corresponde al comandante general de marina, y son dependencias suyas las capitanías de los puertos.

*
* *

En diversas leyes se ha designado el número de la fuerza pública. Según la de 6 de diciembre de 1862, el ejército debía constar, á lo más, de cuatro mil doscientos cincuenta infantes, incluyéndose la marina, mil doscientos caballos y quinientos cincuenta artilleros. La de 20 de noviembre de 1872, dispone que la fuerza del ejército activo, sea de cuatro mil hombres de todas armas. Juzgamos vigente esta disposición, porque no hay otra ley que la haya derogado. En todo caso, en la ley del presupuesto, que se expide cada año, se establece el número de la fuerza pública y no es potestativo del poder ejecutivo alterar ese número.

La constitución del año 39, disponía que no hubiera en el ejército más de un gran mariscal, tres generales de división y seis de brigada. La del 56, limitaba este número á dos generales de división y cuatro de brigada y no establecía la clase de gran mariscal. En la reforma del 60, después de largo debate, se dejó á la ley la designación del número de generales y jefes.

Está fuera de duda, que el número de la fuerza debe

ser objeto de la ley, y en casi todos los países es la del presupuesto la que hace esa fijación.

*
* *

La prohibición contenida en el artículo 122, solo puede tener explicación histórica: la necesidad de impedir el antiguo abuso, de nombrar comandantes territoriales y militares, cargos que sin duda no tienen objeto en tiempo de paz.

La primera parte del artículo 123 es una repetición inútil de lo dispuesto en el artículo 120, que ordena que la organización y la cantidad de la fuerza pública se designarán por la ley. La segunda parte, es una frase desprovista de verdad legal y además innecesaria. No hay crímenes en nuestra legislación penal sino delitos; es á la ley penal, y no á la constitución á la que corresponde caracterizar los delitos, y señalar las acciones contra ellos; no solamente hay acción contra el que ordena el reclutamiento sino que la hay como en todo delito, contra el que lo ejecuta; etc., etc. Una de las más urgentes reformas que nuestra constitución reclama, es la de rayar en ella, declaraciones altisonantes, faltas de verdad, propias de una literatura política de otra época.

CAPITULO XXIX

DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Art. 125. Habrá en la capital de la República una Corte Suprema: en las de Departamento y en las de provincia Cortes Superiores y Juzgados de 1.ª Instancia, respectivamente, á juicio del Congreso; y en todas las poblaciones juzgados de paz.

El número de juzgados de primera instancia en las provincias, y el de juzgados de paz en las poblaciones, se designará por una ley.

Art. 126. Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso á propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo: los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo, á propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los jueces de 1.ª instancia y Agentes Fiscales á propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores.

Con arreglo á estas disposiciones existen, en efecto, la corte suprema, y cortes superiores en las capitales de los departamentos de Piura, Cajamarca, Libertad, Lima, Ancachs, Arequipa, Ayacucho, Puno y Cuzco. Cada una de estas cortes, comprende diversos distritos judiciales, con sus respectivos juzgados de 1ª instancia en las capitales de provincias, y jueces de paz en las poblaciones.

Estos tribunales y juzgados son los ordinarios: su jurisdicción se extiende á todas las personas y respecto de todo género de contenciones, salvo aquellas que son materia de la jurisdicción privativa, que según la difinición de la ley "es la que se ejerce sobre las per-

sonas, cosas ú objetos, especialmente determinados por las leyes."

*
* *

El reglamento de tribunales determina los requisitos que debe tener el nombrado. Así, para ser vocal ó fiscal de la corte suprema se necesita ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener cuarenta años do edad, haber sido vocal ó fiscal de alguna corte superior por ocho años, ó haber ejercido la abogacía por veinte años.

Para ser vocal ó fiscal de una corte superior se necesita: ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad, haber sido juez de 1ª instancia, relator ó agente fiscal, al menos por cuatro años, ó abogado con estudio abierto por ocho años.

Para ser juez de 1ª instancia se exige: ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad, ser abogado recibido en cualquiera de los tribunales de la república y haber ejercido la profesión por cinco años con reputación notoria.

Para ser juez de paz se requiere: ser ciudadano en ejercicio, vecino del pueblo en que se ha de ejercer el cargo, saber leer y escribir, y en las capitales de departamento y de provincia, y en las provincias litorales, tener una renta de trescientos pesos ó ser profesor de alguna ciencia.

Los jueces de paz son nombrados por los prefectos á propuesta en terna de los jueces de 1ª instancia.

La exigencia de la nacionalidad de nacimiento para ser juez ó vocal es inaceptable. No hay razón para excluir del cargo de juez á los peruanos, que no lo son por nacimiento, como no la hay respecto de ningún cargo público, con la sóla excepción de la presidencia de la república.

*
* *

Los jueces no son elegidos por el pueblo, según nuestra carta, conforme con casi todas las legislaciones del mundo. No es, en efecto, posible, que el pueblo elija al juez, por que los electores no pueden medir el grado de competencia profesional de los jurisconsultos. Todo ciudadano puede apreciar las cualidades generales de talento, caracter, honorabilidad, patriotismo, etc., de los candidatos en general; pero los conocimientos ó competencia profesional, sólo pueden ser medidos por quien los posee ó tiene cerca de si quien los posea. La amplitud de todo derecho electoral resulta del mayor ó menor número de los aptos para su ejercicio, y si por la fuerza de las cosas, el pueblo no lo es para juzgar de la competencia profesional, es indudable que no es á él quien corresponde la facultad de la elección directa de los jueces. La primera y más fecunda regla del principio democrático, es dar al pueblo la suma de autoridad que puede egercer en su provecho.

"El problema que hay que resolver, dice Laboulaye, es asegurar á la magistratura una independencia suprema. Organo de la ley, el juez solo debe tener en consideración la ley, cualesquiera que sean las consecuencias. Ninguna influencia política debe entrar en su santuario. La justicia vive de si misma: ella no es una dependencia sino una parte de la soberanía. Inspirada en las ideas de Montesquieu, pero cegada por su odio á los parlamantos, la Asambiea Constituyente creyó asegurar la perfecta libertad del poder judicial, decidiendo que la justicia se administrara por jueces temporalmente elegidos por el pueblo. Este era un mal sistema. Para escapar á la influencia real se caía del lado opuesto, se hacía del juez un servidor del pueblo y de la opinión."

La constitución del 56 en su artículo 125 decía: "Son amovibles los miembros del Poder Judicial y la ley fijará la duración de sus empleos."

Este artículo fué suprimido en el proyecto de la reforma de esa carta, y la supresión aprobada en el con-

greso, despues de una detenida discusión, en que quedó perfectamente establecida la necesidad y conveniencia de la inamovilidad de los jueces.

Los jueces de paz y los privativos no letrados son periódicos y las leyes respectivas señalan los períodos de su duración.

La inamovilidad es consecuencia necesaria de la naturaleza del cargo y una garantía importantísima de la rectitud del juez. Hacer depender la conservación en el puesto de la voluntad del poder que hace el nombramiento, es hacer del juez el subordinado de quien puede destituirlo. Es necesario que el magistrado nada tenga que temer, para que la imparcialidad de sus resoluciones esté sólidamente garantizada.

"La inamovilidad del magistrado es necesaria al magistrado mismo para protejerlo, al cliente para inspirarle confianza; es necesaria á la dignidad del gobierno, á la santidad de la ley."

El juez se hace no se improvisa. El estudio constante de la ley, suministra un caudal de conocimientos y de experiencia, que son la más segura prenda del acierto de las resoluciones judiciales. Ningún estímulo existirá para consagrarse al buen desempeño de este alto sacerdocio, si se tiene delante la perspectiva de la terminación del plazo, ó el peligro de ser removido en cualquier instante.

La alternabilidad de los funcionarios públicos como principio inherente al sistema representativo, se funda en la necesidad de mantener siempre de acuerdo la opinión de los gobernantes con la opinión pública. Pero respecto de la magistratura, esa necesidad no existe, porque el juez no está llamado á interpretar la voluntad pública; la opinión general no le incumbe y no tiene para que consultarla ni conocerla. El juez solo puede inspirarse en la ley; fuera de ella nada existe para él: "es la lengua de la ley" y "de todas las instituciones humanas es la menos humana."

*
* *

Según lo dispone el artículo 50 de la constitución, que ya conocemos, los vocales y fiscales de la corte suprema, no pueden ser elegidos senadores ni diputados por ningún departamento ni provincia; y los vocales y fiscales de las cortes superiores y los jueces de 1ª instancia, tampoco pueden serlo por los departamentos, provincias ó distritos en que ejercen jurisdicción.

Según la ley electoral, los vocales, fiscales, jueces de 1ª instancia, agentes fiscales y jueces de paz, accidentalmente encargados de 1ª instancia, no pueden sufragar, ni ser elejidos, ni designados miembros de las juntas de registro ó electorales, ni ser jefes de clubs, ni presidir ni formar parte de comicios electorales.

Se hallan pues excluídos de la elección activa y pasiva, y tal exclusión, como lo hicimos notar al hablar de la elección de los representantes, debe ser absoluta y en consecuencia los vocales, fiscales, jueces y agentes fiscales, deberán ser inelegibles, aún por los lugares extraños á su jurisdicción territorial.

Tampoco deberían ser elegibles para la presidencia y vice-presidencias de la república, salvo que renunciasen su cargo con la debida anticipación, por razones análogas á las que exijen las exclusiones anteriores. Dada la inamovilidad del juez, es necesario que sea extraño á toda corriente política y especialmente, á las de los partidos electorales. Nuestra legislación no establece esta incompatibilidad.

En el orden de las relaciones civiles, el código prohibe á los jueces letrados del fuero común todo comercio, granjería, ó cualquier ocupación ú oficio opuestos al decoro de la magistratura ó que les impida ó distraiga del puntual y exacto cumplimiento de sus deberes.

*
* *

Los fiscales y agentes fiscales ante sus respectivas cortes y juzgados, tienen atribuciones de diverso or-

den. En materia criminal, deben acusar ó cooperar á la acusación, salvo los raros casos de los delitos *exceptuados*.

En asuntos civiles, intervienen en las causas y en las deligencias judiciales, en que tienen interés los menores, los incapaces y los establecimientos de instrucción y beneficencia, y son los representantes del estado ante los tribunales en los asuntos civiles en que este es parte.

En algunas monarquías, el ministerio público es subordinado del poder real y los fiscales son nombrados por la corona.

Según nuestras leyes, los fiscales y agentes fiscales, son nombrados en la misma forma que los vocales y jueces, é inamovibles como éstos; deben tener los mismos requisitos. Sus atribuciones están determinadas en los códigos y reglamento de tribunales.

CAPITULO XXX

DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES

Art. 136. (transitorio) Los Juzgados y Tribunales privativos, é igualmente sus Códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes.

La constitución del año 39, establecía expresamente los juzgados y tribunales privativos y por eso el código de enjuiciamentos, dictado bajo el imperio de aquella carta, declara en sus artículos 26 y 27 "que la justicia se administra en la República por los tribunales y juzgados y no por otras autoridades" y que "son tribunales y juzgados *los que establece la Constitución del Estado.*" El artículo 11 del mismo código, especifica los tribunales y juzgados privativos y son los mismos que establecía la constitución del 39.

Los constituyentes del año 56, siguiendo la tendencia del derecho moderno, que rechaza los juzgados privativos, se limitaron en la carta de ese año, á consignar un artículo transitorio (139) en los mismos términos en que está redactado el 136 de la constitución vigente, que hemos copiado.

El espíritu de esta disposición, prescindiendo de sus términos incorrectos, es abolir los tribunales privativos, y deja al legislador la obra de la supresión. Tal delegación produjo, en parte, el objeto deseado, por que por diversas leyes han sido suprimidos algunos, de esos juzgados y tribunales, que la carta del 39 y el código de enjuiciamientos establecían.

Los existentes hoy son los siguientes:

En el orden civil:

El supremo tribunal de responsabilidad, cuando conoce de la responsabilidad civil de los vocales de la corte suprema;

El juzgado de presas marítimas. Es juez de 1ª Instancia el comandante general de marina con asesoria del auditor del ramo;

Son jueces de primera instancia de aduanas y comiso, conforme al reglamento de comercio, los administradores de las aduanas, que conocen de las infracciones del reglamento del ramo, imponen multas y declaran el comiso de las mercaderías introducidas clandestinamente (contrabando;)

Las diputaciones de minería, que existen en los asientos y en las provincias donde hay más de quince mineros, con asesoria del juez de derecho. En segunda instancia, conocen los dos vocales más antiguos de la corte superior y un minero;

De los juicios sobre nulidad del matrimonio y divorcio, conoce el obispo de la diócesis y de la apelación el metropolitano; si este ha juzgado en primera instancia, la apelación se lleva al sufragáneo más cercano. No hay recurso de nulidad; y en caso de desconformidad de los fallos de primera y segunda instancia, cabe una segunda apelación para ante el sufragáneo más próximo.

En el órden penal existen:

El tribunal supremo de responsabilidad, llamado á conocer de los delitos que en el ejercicio de sus funciones, cometan los vocales de la corte suprema. No es pués un género especial de delitos el objeto del tribunal;

El jurado de imprenta, de que ya nos hemos ocupado;

Los consejos de guerra para los delitos militares, que los militares pueden cometer.

Es de advertir, que gran parte de la jurisdicción privativa, tanto en el órden civil como en el penal, es ejercido por los tribunales ordinarios. Así las contenciones sobre actos mercantiles, aguas, delitos oficiales

etc., etc., son, y ello no ofrece ningún inconveniente, de su competencia, aún cuando juzgan con arreglo á leyes especiales.

El derecho moderno tiende á la abolición de los tribunales privativos. No creemos necesario hacer muchas citas y nos limitaremos á insertar una notable página de la Política Positiva del señor Lastarria.

"La competencia de los tribunales debe ser universal para fallar en todo género de causas, porque nada hay más contrario á los principios de la administración de justicia, que los tribunales de fuero especial, los cuales no hacen más que originar dilaciones ó vejaciones inútiles, y los excepcionales, que formados para los casos ocurridos, destruyen todas las garantías de la libertad individual.

Si la organización del departamento judicial, en una constitución, federal ó unitaria, debe ser calculada para reprimir las usurpaciones y garantizar los derechos de los ciudadanos, es lógico que no se admitan en ella jurisdicciones especiales ó excepcionales, que no hacen más que mantener privilegios y armar al estado de un poder incompatible con la naturaleza de sus atribuciones y con los derechos de la sociedad. Por consiguiente, en un arreglo semejante no cabe lo que según la moda francesa, se llama jurisdicción administrativa, porque no hay razonamiento serio alguno, para que los procesos en que es parte la administración contra los contribuyentes, contra sus contadores, ó compradores, ó arrendatarios, proveedores ó empresarios sean juzgados por ella misma ó por sus agentes.

Toda contención, pertenece de derecho á los jueces comunes, que deben en virtud de su poder, fallar entre el gobierno ó las administraciones locales y los particulares, como entre estos mismos, sin distinción de clases, categorías ó profesiones; lo contrario es privilegio, es reminicencia del antiguo régimen, que necesitaba exenciones para los gobernantes, sus asociados en el poder ó sus dependientes y que sometía á su voluntades é intereses, el derecho común de los asocia-

dos. En el régimen de la igualdad de todos los derechos, y en el sistema representativo, basado sobre la división de los poderes del estado, no es lógica ninguna jurisdicción, que envuelva un privilegio, ó que exceptúe del derecho común á un hombre como funcionario ó como miembro de una clase ó gerarquía social. Todos los funcionarios, cualquiera que sea su rango, tanto en las contenciones que tengan orígen en sus funciones, como en los delitos en que sean justiciables, deben ser juzgados por los tribunales ordinarios. Puédese para asegurar la rectitud del juicio, someterlos á un tribunal superior, si su categoría es tan alta, que les diera influencia peligrosa en otros tribunales, y puédese también, atribuir á las cámaras, la facultad de declarar si deben ser justiciables en determinados casos, para impedir que un jefe del estado ó un miembro de la corte suprema, sean víctimas de los abusos del odio ó de las especulaciones de partido; pero en todo caso, el juzgamiento no debe pertenecer sino al poder judicial, único que tiene una competencia universal, tratándose de administrar justicia."

En armonía con estas ideas, los juzgados privativos del órden civil que aún existen entre nosotros, como los de minería, presas, aduana y comiso, etc., deberían ser suprimidos y tal suspresión no ofrece inconveniente alguno si se tiene en cuenta: 1º que la supresión de los juzgados privativos no significa la de las leyes especiales que rigen las materias de que conocen; pués los tribunales ordinarios las aplican en su caso, como sucede hoy con el código de comercio; 2º que esa supresión tampoco significa la desaparición absoluta de los funcionarios existentes; pueden continuar existiendo las diputaciones de minería, el llamado tribunal de cuentas, etc., pero reduciéndose sus funciones á lo que es de caracter administrativo en los asuntos de que conocen.

*
* *

Los tribunales militares exijen un estudio especial, por que son una institución tan universal como la de los ejércitos, y fácilmente pueden degenerar, para convertirse en tribunales extraordinarios.

No nos ocupamos de nuestros consejos de guerra, porque acaba de sancionarse por el congreso un código militar, que aún no ha sido publicado, cuyo texto no conocemos y que sin duda cambia el régimen de aquellos consejos.

Los tribunales militares son una necesidad, como lo son los ejércitos permanentes. Es por ellos y para ellos que existe esta jurisdicción excepcional, la única de que no puede prescindirse, porque es inherente á la institución de los ejércitos.

La organización de éstos, por más que se restrinja la regla de la obediencia pasiva, descansa en la subordinación casi incondicional y en la estricta disciplina. Las ordenanzas militares que las establecen, deben ser severamente cumplidas y toda infracción castigada prontamente.

Estas mismas consideraciones manifiestan, que la jurisdicción militar sólo puede recaer sobre el soldado: sólo este se encuentra sujeto á esa obediencia casi irreflexiva, á esa disciplina excepcional, que lo convierte en fuerza, separándolo así de las reglas comunes del derecho que rigen á las personas.

Tan anómalo es someter á la jurisdicción militar al que no es militar, como sería enviar al soldado que abandona el puesto de guardia al tribunal de minería ó de comercio.

Todos los códigos militares que hemos registrado, siguen invariablemente esta regla. Sólo hay en ellos una causa de excepción, que lejos de debilitar el principio lo robustece—esa causa es el estado de guerra. "El estado de sitio, dice Voisyn de Gartempe, y el de guerra, añade Thonissen, es una situación violenta, extraordinaria, fundada sobre la necesidad de la defensa y de proveer á la salud común, ya comprometida ó que puede serlo, por una guerra ó por una agresión cual-

quiera, Entónces los crímenes, los delitos ordinarios, pueden convertirse en crímenes y delitos militares y justiciables por sus tribunales. La atribución de los consejos de guerra está, pues, esencialmente ligada á la naturaleza del estado de sitio ó de guerra..... Estos tribunales *no son entonces una excepción* al orden habitual de las cosas, ellos son la regla habitual de un orden de cosas diferente."

En conformidad con la máxima que apuntamos, los principales códigos militares establecen lo siguiente:

El de Alemania, que como todas sus leyes militares, son las más notables del mundo moderno, contiene estos casos de excepción:

Art. 155. *Mientras dure una guerra con Alemania*, todos los individuos que se hallen en el ejército, sea por obligación ó por compromiso contraído voluntariamente ó que lo sigan, estân sujetos á las disposiciones penales de este código.

Art. 160. Todo extranjero ó alemán, *que durante una guerra* contra el imperio de Alemania, cometa en el teatro de la lucha las infracciones previstas en los artículos 57 á 59 y 134, deberá ser castigado con arreglo á las disposiciones de estos artículos."

Las infracciones á que se refiere ésta disposición, son la de alta traición, de traicion de guerra y los robos á los soldados, prisioneros y heridos.

En Bélgica como en Alemania, el código militar impera, en tiempo de guerra, sobre los empleados en un cuerpo de ejército en campaña ó que lo siguen, como vivanderas, obreros, domésticos, mujeres, y sobre todos los que sin estar en relación con el cuerpo de ejército, se hacen culpables de reclutamiento, espionaje ó cualquiera otra causa dañosa al estado ó al ejército. En una plaza sitiada por el enemigo todas las personas estan sujetas al código militar.

El código suizo es notable, en esta materia, porque lleva hasta sus últimas consecuencias el respeto al fuero ordinario de los particulares. Establece lo siguiente:

204. La jurisdicción militar es puramente personal;

comprende todos los delitos previstos por el presente código, cometidos por personas á él sometidas.

205. En el caso de actos punibles cometidos por paisanos y militares, estos *sólo* podrán ser arrestados, oídos y juzgados por el juez militar, así como aquellos, lo serán por el civil, salvo el caso del artículo 309 (en que preceden unidos los dos jueces).

"En estos casos, cada autoridad judicial tomará por invitación de la otra, las medidas necesarias que se comunicarán mútuamente."

"El militar acusado será desde luego, juzgado por el juez militar; la causa se trasmitará acto continuo al juez civil, á fin de que proceda á sentenciar al individuo perteneciente á su jurisdicción."

Este código, como los anteriores, somete á sus disposiciones á los que siguen voluntariamente al ejército y en relación con él, como vivanderos, lavanderos, etc., ó que están á su servicio como correos, trasportes, *por los actos* relativos á *sus funciones*.

El código penal francés, somete igualmente á los consejos de guerra *en ejércitos*, que, son los que se establecen en los cuerpos de ejército, *llamados á operar* ó sea en campaña, y á los de las circunscripciones territoriales *en estado de guerra*, á los vivanderos, y vivanderas, cantineros y cantineras, provisionistas, lavanderas, criados y demás individuos que siguen al ejército en virtud de permisos.

En resúmen, todos los códigos militares someten á su jurisdicción á los paisanos, ya por estar unidos al ejército (asimilados) ó seguirlo, ya por el lugar en que delinquen, pero solamente en estado de *guerra* ó de *sitio*. Este sometimiento es, pues, excepcionalísimo, como lo es la suspensión de las garantías individuales en estado de guerra, y por eso decíamos con Voisyn Gartempe que la excepción misma es confirmación de la regla.

Esta regla, es la aplicación del principio de la igualdad civil, que exige que á todos se someta á las mismas leyes y á los mismos jueces. No se puede sustraer á

un paisano de su ley y de su fuero, que es la ley y el fuero de todos, salvo que por el estado excepcional de guerra, se suspenda el ejercicio de los derechos individuales y el imperio de la igualdad civil, que es su base.

Un paisano puede comprar para vender y obtener ganancia, esto es, practicar un acto de comercio, y entonces queda sujeto á la ley mercantil en cuanto á este acto; pero un *paisano* no puede abandonar la guardia, herir á *su* capitán, ser *cobarde* en la guerra, en suma, infringir ningún deber militar, del mismo modo que no puede faltar á los ritos religiosos en los oficios eclesiásticos á no ser en su calidad de sectario, para efectos puramente espirituales—y no puede, por consiguiente, mientras esté en el ejercicio de sus derechos naturales, ser en ningún caso juzgado por el juez eclesiástico ó el militar por razón de ningúu delito.

Como en el Perú ha sido suprimido el fuero militar, es indudable que bajo el imperio de los artículos 6 y 32 de la Carta, la jurisdicción militar solo puede ejercerse sobre el soldado. Por eso el señor García Calderón dice: "Según lo expuesto, estân sometidos á los consejos de guerra los delitos de rendición ó entrega de una plaza ó fortaleza, por traición, impericia, descuido ó negligencia en el desempeño de sus deberes, y en general *todas las faltas que cometa* un militar en lo relativo al servicio.

*
* *

Existe en muchos países la jurisdicción administrativa ó de lo contencioso administrativo, encomendada á determinados órganos que no son parte del poder judicial y cuyo objeto, son las reclamaciones contra los actos de la administración violatorias de derechos individuales.

Numerosas son las cuestiones que se remiten á esa jurisdicción, generalmente ejercida por el consejo de estado y los consejos ó juntas departamentales y entre

ellas se cuentan: las relativas al cumplimiento, interpretación, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la administración central ó local; al cobro de contribuciones excesivas; á las excepciones de servicios militares ó de otro orden, etc., etc.

Para justificar ésta jurisdicción administrativa, se afirma que su objeto son las reclamaciones referentes á derechos administrativos y no á los civiles, que son los que están bajo el amparo del poder judicial; y que, se agrega, dirigiéndose tales reclamaciones contra los actos del poder ejecutivo, no es posible dejar la apreciación de estos actos, á otro poder de igual naturaleza y categoría en el orden constitucional y político.

En los casos que hemos enumerado, como en otros muchos que se someten á tal jurisdicción, el objeto de la reclamación son los derechos civiles de propiedad y libertad lastimados por la falta del cumplimiento del pacto; por el cobro de una contribución que no se debe, ó la imposición de un servicio á que no se está obligado. No son tales derechos administrativos los que están en juego, ni pueden serlo, por la sencilla razón de que no hay derechos administrativo distintos de los civiles y de los políticos. Los civiles, que son los derechos naturales reconocidos por la ley, deben estar en todo caso, sin excepción ni reserva, bajo el amparo del poder judicial y es á este poder, y no á ninguno otro, al que corresponde dirimir las controversias que respecto de ellos se suscitan y hacer efectiva la responsabilidad de los que los violan, sea particular ó autoridad, la persona que es parte en el litigio ó que comete la violación.

Ancho campo queda no obstante, á la administración. El poder ejecutivo encargado de cumplir las leyes, expide decretos y reglamentos para llenar su misión. En estos crea un orden especial de relaciones, de las cuales nacen goces y beneficios para los particulares, que no son derivaciones de sus derechos civiles sino medidas de interés común; imponen restricciones, dentro del límite de las que las leyes civiles estable-

cen y encaminadas también á la utilidad general. Las reclamaciones y controversias que respecto de tales beneficios y obligaciones se suscitan, quedan bajo la competencia del poder ejecutivo: resolverlas es siempre administrar y no es necesario para reconocerle esa competencia, cambiar los nombres de las cosas, llamando jurisdicción lo que es administración, ni complicar la máquina administrativa creando órganos que inevitablemente son dependencias del poder ejecutivo, á ménos que se cree un cuarto poder político.

Puede ser la misma ley la que en el orden administrativo crea ese orden especial y detallado de relaciones, esos beneficios ó cargas, por razón de conveniencia general y *sin relación con los derechos civiles*, y en tal caso debe reconocerse también á la administración el poder de resolver las reclamaciones y contraversias á que dan lugar, porque, como en el caso anterior, esa facultad es siempre administrar.

Lo que hay de cierto en el fondo de este problema de *la jurisdicción administrativa* es que, "es muy difícil sinó imposible formular una regla general aplicable á todos los casos, en que los dos poderes, el judicial y el administrativo, se encuentran en el cumplimiento de su misión social," y que los partidarios del sistema de la *jurisdicción administrativa* eluden la dificultad y dan al poder ejecutivo una gran parte de la autoridad del judicial, cuya independencia sacrifican y con ella la más importante de las garantías individuales.

*
* *

No existe en el Perú ley especial sobre lo contencioso administrativo, pero en muchas leyes y aún reglamentos se establecen esas jurisdicciones administrativas, que en no pocos casos menoscaban la competencia del poder judicial. Al derecho administrativo corresponde el estudio detallado de esas llamadas jurisdicciones, pero haremos breve mención de algunas.

El Tribunal Mayor de Cuentas examina y juzga las

cuentas que deben rendir los administradores de rentas fiscales, de instrucción y de beneficencia y además los que compran al estado ó reciben de él en consignación productos nacionales, los agentes financieros, contratistas de empréstitos ó de cualesquiera servicios públicos, y los administradores de propiedades ó de servicios del estado.

Por reglamentos administrativos, los subprefectos, prefectos y el gobierno, conocen de los juicios de comiso por la falta de pago de las contribuciones de tabacos, alcoholes, etc., etc.

El gobierno conoce también, en algunos casos, de los juicios de contrabando en aduanas.

En general es muy vasta la *jurisdicción administrativa* del poder ejecutivo, porque el código de enjuiciamientos y el reglamento de tribunales son muy deficientes respecto de las atribuciones de este orden que conceden á la corte suprema y en consecuencia, éste tribunal se cree incompetente respecto de toda contención motivada por resoluciones de la administración.

*
* *

Se dá el nombre de jurisdicciones políticas, á las que tienen por objeto resolver las reclamaciones y controversias relativas á los derechos políticos. Estos derechos, son para el objeto de que tratamos, "el de elegir, nombrar ó llamar, ó ser elegido, nombrado ó llamado, para un cargo público y el de conferir y ejercer las funciones inherentes á esos cargos."

Los derechos políticos corresponden á los ciudadanos en su calidad de tales, ó sea de miembros de un estado y su objeto directo son el gobierno social y el bién común. Son, antes que derechos del individuo, funciones obligatorias y las exigencias de orden público son las que en primer término deben ser consultados al reconocerlos y reglarlos.

No se menoscaba, por eso, la independencia del poder judicial, al separar de su competencia algunas

de esas contraversias y al contrario se consultan mejor la independencia de todos, y otros intereses de carácter general, al conferir á cada poder, la facultad de decidir las que especialmente se refieren á su organización y á sus funciones.

Estos principios que dejamos expuestos, se encuentran explícitamente establecidos en la constitución de Bélgica en estos términos:

"Art. 92. Las contestaciones que tienen por objeto derechos civiles son exclusivamente del resorte de los tribunales."

"Art. 93. Las contestaciones que tienen por objeto derechos políticos, son del resorte de los tribunales,salvas las excepciones establecidas por la ley."

Nuestra ley electoral, confiere éstas jurisdicciones, aún la de calificación de los diputados y senadores, á las juntas electorales, y al hacerlo incurre en graves errores, de que ya nos hemos ocupado al estudiar esa ley.

CAPITULO XXXI

FORMAS Y GARANTÍAS JUDICIALES

Art. 124 La justicia será administrada por los tribunales y los juzgados, en el modo y la forma que las leyes determinen.

Art. 127 La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente.

Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley ó los fundamentos en que se apoyen.

Art. 128 Se prohibe todo juicio por comisión.

Art. 129 Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes ante otro poder ú otra autoridad, ni sustanciarlas, ni hacer revivir procesos fenecidos.

Art. 30 Producen acción popular contra los magistrados y jueces:

1º La prevaricación:

2º El cohecho:

3º La abreviación ó suspensión de las formas judiciales:

4º El procedimiento ilegal contra las garantías individuales.

Según lo dispuesto en el artículo 124, son las leyes, las que deben establecer las reglas que determinan la competencia de los tribunales y juzgados, y las del procedimiento en las acciones que ante ellos se interponen. Esas reglas, son las garantías de la rectitud y acierto de los jueces, y las que dan facilidad á las personas para obtener justicia. Su conjunto constituye el derecho procesal, y á la ciencia política sólo corresponde establecer los principios fundamentales.

Es necesario que la justicia se administre en todo el territorio; pero no es menos indispensable, que no se obligue á la persona á quien se promueve un juicio,

á abandonar el lugar de su domicilio y, á atravesar grandes distancias para acudir á su defensa.

Nuestra legislación establece que "el juez ordinario del lugar donde reside el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra él se promueven." Esta disposición tiene excepciones justificadas.

La administración de la justicia debe ser lo menos dispendiosa posible, á fin de que esté al alcance de todos, y de que los gastos que ocasiona, no absorvan el todo ó gran parte del interés que se litiga.

Entre nosotros, como en todos los países, los jueces son rentados por el estado; existen aranceles de derechos judiciales, y la justicia de paz es casi gratuita.

La cuantía ó importancia del asunto, debe también tenerse en cuenta para el procedimiento.

Según nuestras leyes, la jurisdicción ordinaria de los jueces de paz, se ejerce en asuntos cuya cuantía no excede de doscientos pesos. Su resolución es inapelable, si la cosa disputada no pasa de veinte pesos. Los jueces de 1ª instancia conocen de todo asunto del fuero común, cualquiera que sea su cuantía, pero la tramitación es más breve, cuando el interés litigado no excede de quinientos pesos.

La gerarquía judicial es condición necesaria para el acierto de las resoluciones. Si un juez ó tribunal incurre en error, es necesario que otro tribunal enmiende el fallo, y aun un tercero revise el proceso.

Los jueces de 1ª instancia conocen según nuestras leyes, de las apelaciones de las resoluciones de los de paz, y las cortes superiores de las expedidas por éstos. La corte suprema, es tribunal de apelación en los casos en que las superiores conocen en 1ª instancia, y en general conoce por el recurso extraordinario de nulidad, de las resoluciones de las superiores expedidas en 2ª instancia. Cuando declara haber nulidad, resuelve sobre lo principal ó manda enmendar el procedimiento, si á este se refiere la nulidad.

El procedimiento, en general, debe ser igual para todos, y en cuanto á su extensión es necesario "no dar á una de las partes el bien de la otra por falta de exámen, ni arruinar á ambas por examinar demasiado." Esta máxima es el resúmen más perfecto que puede hacerse de cuanto se diga sobre la extensión del procedimiento.

*
* *

En conformidad con las prescripciones del artículo 127, el código de enjuiciamientos y el reglamento de tribunales, contienen varias disposiciones relativas á la publicidad de las audiencias, de la prueba y de los actos de los jueces en general.

La publicidad en materia judicial, es una importante garantía de imparcialidad y acierto en los fallos. Ella sirve de estímulo al juez íntegro, que vé delante de sí á la sociedad, para esforzarse en el acertado desempeño de su cargo. Para el juez falto de integridad, es un freno que lo detiene en la comisión de abusos fácilmente ignorados tras del silencio y el misterio. El juicio público es una sanción imparcial y temida, y lo es más, tratándose de la administración de justicia, que tan vivamente interesa al ciudadano, cualesquiera que sean su condición social, su profesión y sus opiniones.

Esa sanción es más eficaz y saludable en materia criminal. La sociedad, directamente interesada en el castigo del crimen, tiene perfecto derecho para vigilar al juez á quien ha encomendado su defensa. El acusado lo tiene también, porque aparte de la pena legal, que un error ó una injusticia pueden hacer sufrir indebidamente, está de por medio el honor siempre lastimado con la acusación.

El código de enjuiciamientos, dispone, en armonía con el precepto constitucional, que las resoluciones judiciales se apoyen en el mérito de los autos y leyes vigentes, y á falta de estas, en los fundamentos de-

signados en el artículo IX del título preliminar del código civil.

La ley de 21 de noviembre de 1872, dispone que en los casos de discordia, los jueces precisen por escrito, de un modo claro y terminante el punto de hecho ó de derecho que lo motiva.

La motivación de los fallos es otra necesaria garantía de la recta administración de la justicia. Ella sirve para conocer si el juez ha comprendido bien y aplicado con acierto la ley al caso que resuelve. Hay mayor facilidad para probar la ilegalidad de una sentencia, cuando ella misma contiene las erróneas consideraciones en que se funda. La necesidad de motivar los fallos, obliga además al juez, á estudiar con más detenimiento las razones que existen de uno y otro lado, único modo, de aceptar las ciertas y desechar las erróneas. Una sentencia, rigurosamente motivada en apreciaciones exactas de las leyes y de los hechos, convence de la imparcialidad é ilustración del juez, y de la verdad de la resolución, aún á aquellos que esten prevenidos en contra. Se consigue así, dar mayor respetabilidad á los fallos, aparte de que es el medio único de apreciar el verdadero sentido de las leyes y formar la doctrina.

*
* *

La disposición del artículo 128 consignada en todas las anteriores, desde la del año 28, se encuentra tambien en casi todas las constituciones extranjeras dictadas en este siglo, y tiene una gran significación histórica.

Las comisiones y tribunales excepcionales, que por primera vez aparecieron en la revolución de Inglaterra, y que fueron el instrumento terrible, primero del poder real, y después de las venganzas de Cromwel, fueron en toda la época de la revolución francesa y hasta la caída del imperio, el arma sangrienta de la tiranía revolucionaria y reaccionaria.

El doloroso recuerdo de tales inícuas instituciones, dictó en las constituciones de Francia, posteriores á esa época, las siguientes disposiciones:

"Nadie podrá ser distraído de sus jueces naturales."

"No se podrá, *en consecuencia*, crear comisiones ó tribunales extraordinarios, por ningún título ni bajo ninguna denominación."

La constitución belga dictada el año 31 y que, como ya hemos dicho, ha servido de modelo á las constituciones de otros pueblos, consigna la misma disposición en estos términos:

"No puede crearse comisiones, ni tribunales extraordinarios bajo ninguna denominación."

Todas las constituciones americanas tomaron de aquellas ese precepto, y las nuestras lo hicieron en la forma lacónica que hemos trascrito.

Nadie puede ser distraído de sus jueces naturales, ó "se prohibe todo juicio por comisión" significa, pues, que existe un lazo indisoluble entre el acusado y *su* juez, lazo que ni el legislador puede romper, porque la prohibición constitucional es absoluta.

Esta disposición forma cuerpo de doctrina con los artículos 6 y 32 de la carta que declaran respectivamente que, "en la república no se reconocen fueros personales" y que "podrán establecerse leyes especiales porque lo requiere la naturaleza de los objetos, pero no por sólo la diferencia de las personas."

En armonía con estas disposiciones, un particular no puede nunca en el estado normal del derecho, ser sometido á un tribunal privativo del orden penal, por la sencilla razón de que los particulares no pueden cometer delitos privativos. El que no pertenece á una iglesia determinada como clérigo ó sectario, no puede infringir las leyes de esa iglesia; el que no pertenece á una academia ó sociedad de otra especie, no puede faltar á los estatutos de ella; el que no es militar ó asimilado al militar por un oficio ú ocupación en el ejército, no puede quebrantar las ordenanzas militares.

Esta imposibilidad es la que distingue sustancialmen-

te la jurisdicción y la ley privativa del orden penal, de las del orden civil, porque en este orden, sí es posible que el particular practique actos de carácter especial, como comprar un cargamento de mercaderías para venderlas, girar una letra de cambio, etc.

Según los mismos preceptos constitucionales, no se puede sustraer de la jurisdicción y de la ley común, al clérigo ó al militar que comete un delito del orden común, ó sea previsto y castigado por el código penal común.

Estas reglas, que son la estricta aplicación de los mandatos constitucionales, enseñan quien es el juez propio ó *natural* en cada caso para los acusados. Distraer á éstos de ese juez natural, y someterlos á una comisión ó tribunal distinto, eso es lo que prohiben todas las constituciones, con la fórmula tradicional del artículo 128.

*
* *

Nuestras constituciones y otras de Sud-américa, tomaron la diposición del art. 129 de la de Portugal del año 26, que establece que: "Se conservará la independencia del poder judicial. Ninguna autoridad ó persona, podrá avocarse causas pendientes *ante los jueces*, ni tramitarlas, ni hacer revivir procesos terminados."

Chile y las repúblicas de Centro América, consignan disposición análoga á la portuguesa, pero nuestras constituciones la hicieron extensiva á todo *otro poder ó autoridad* y en esta forma, es innecesaria en nuestra carta, porque es la repetición del principio de la separación de los poderes consignado en el artículo 43 y es además incorrecta, porque la palabra causas sólo corresponde á los litigios de que conoce el poder judicial.

*
* *

Según lo dispuesto en el artículo 64 de la carta, que ya conocemos, los vocales de la corte suprema son

acusables por infracciones de la constitución y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que según las leyes deba imponerse pena corporal aflictiva.

Respecto de las infracciones de la constitución, que no constituyen delitos especialmente previstos en las leyes, ya hemos observado, que nuestra legislación no establece pena para ellas y que en consecuencia, es ilusorio el juicio de responsabilidad respecto de tales infracciones.

En orden á los delitos, que en el ejercicio de sus funciones cometan los vocales de la corte suprema, la excepción del artículo 64, relativa á los que no merecen pena corporal aflictiva, hace inaplicable para ellos, el artículo 130. La prevaricación y el cohecho, asi como los casos previstos en el código penal de abreviación ó suspensión de trámites judiciales, ó de procedimiento ilegal contra las garantías individuales, están castigados con las penas de suspensión, inhabilitación ó multa, que no son castigos corporales aflictivos,y en consecuencia los vocales de la corte suprema, no pueden ser acusados por estos delitos.

Es innecesario que repitamos aquí lo que tenemos expuesto en otro lugar, respecto del error que envuelve el artículo 64, que mide la gravedad de los delitos por la calidad de *corporal* de la pena y que trae como consecuencia la impunidad en muchos casos.

Del juicio contra los miembros de la corte suprema conoce el supremo tribunal de responsabilidad, creado con ese principal objeto.

La razón de la intervención de las cámaras y de la jurisdicción especial en ésta materia, es la necesidad de poner á los vocales del más alto tribunal, fuera del alcance de las acusaciones calumniosas é inmotivadas, que los intereses personales heridos con sus decisiones, iniciarían con frecuencia, con daño de la indepencia y prestigio del poder judicial.

Sin embargo, más conveniente es dar esa intervención únicamente á la cámara de senadores. Las razo-

nes de orden político que hacen necesaria la intervención de las dos cámaras en la acusación contra los altos funcionarios del poder ejecutivo, no existen ó son de muy escasa aplicación respecto de los vocales de la corte suprema; la del senado sería bastante garantía contra las acusaciones inmotivadas.

La responsabilidad penal de los demás vocales, jueces y fiscales, está sujeta á las disposiciones generales sobre reponsabilidad.

Son acusables por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones sin reserva alguna.

El artículo 130 de la constitución es por lo mismo innecesario: los delitos que en él se enumeran están previstos en el código. Es además ageno del caracter de generalidad de las disposiciones de la constitución; entrar en especificaciones propias de las leyes.

Del juicio de responsabilidad conoce en 1ª instancia, el juez ó tribunal inmediatamente superior al acusado, como lo establece el código penal de procedimientos.

La ley de reponsabilidad contiene disposiciones especiales respecto de la civil de los vocales y jueces. Así dispone: que los jueces y tribunales, al conocer de una causa, no pueden omitir la declaración de la responsabilidad del inferior, en los casos que indica- por graves omisiones en la sustanciación y en los de. más casos que producen la nulidad de la actuación,

Prescribe la misma ley, que el juicio de responsabilidad civil, que no proviene de delito, se siga con arreglo al código de enjuiciamiento civil.

El tribunal de responsabilidad conoce de la de los vocales de la corte suprema.

CAPITULO XXXII

DEL JURADO

Asunto de alta importancia,en el orden del procedimiento judicial es la institución del jurado. Determinado número de ciudadanos, que reunen las calidades señaladas por la ley, intervienen en el proceso, asistiendo á la instrucción oral y decidiendo en seguida, sobre la existencia y la criminalidad de los hechos objeto de la acusación. La aplicación de la ley, queda al juez ó tribunal letrado.

El procedimiento por jurados en materia criminal, adoptado en el mayor número de los países, ofrece grandes ventajas de orden político y judicial, expuestas por los tratadistas y nos limitaremos, con Thonissen á reproducir las dos siguientes páginas.

"La institución del jurado, dice Simonde de Sismondi, quita al príncipe el arma terrible del poder judicial, y lo coloca en la imposibilidad de gobernar y de hacerse temer con la amenaza de los tribunales; desarma al mismo juez de todo lo que en él pudiera inspirar temor, pues el ciudadano no ve ya sobre si al hombre que dispone de su bien y de su vida. Creemos innecesario repetir,que el jurado llamando á hombres siempre nuevos á decidir sobre la suerte de sus semejantes, evita esa incuria, ese hábito de desconfianza ó esa insensibilidad que produce el oficio de juzgar; que esta institución, despierta en el espíritu, el amor á la justicia y al estudio, con la observación del corazón humano, en todas las clases de los ciudadanos á quienes se llama á los bancos de los jurados; que él

en fin, esclarece y simplifica el procedimiento, separando completamente en cada juicio, la decisión sobre el hecho de la relativa á la de derecho."

"El jurado, dice Tocqueville, sirve inmensamente á formar el juicio y aumentar las luces naturales del pueblo. Esta es, en mi opinión, su más grande ventaja. Se le debe considerar como una escuela gratuita y siempre abierta, donde cada jurado viene á instruirse de sus derechos, donde entra en comunicación con los miembros los más instruídos y distinguidos de las clases elevadas; donde las leyes le son enseñadas de manera práctica, y puestas al alcance de su inteligencia por los esfuerzos de los abogados, las opiniones del juez y las mismas pasiones de las partes."

Grandes son sin duda las ventajas de esta institución y como dice Thonissen bastan para ser jurado *el buen sentido, la atención y el respeto á la conciencia.* De acuerdo con este concepto, creemos que todos los países, en los cuales exista una gran masa de ciudadanos en quienes domine el *buen sentido, la atención y el respeto de la conciencia* deben adoptarla.

Pero es necesario tener en cuenta, que se trata de ese *buen sentido* que es indispensable para extraer de numerosas diligencias de investigación, no pocas veces contradictorias, la verdad que se intenta ocultar con hábil empeño, de *esa atención* que es necesaria para percibir y retener detalles, tal vez decisivos, pero que pasan sin ruido, envueltos en el laberinto de la instrucción y sobre todo, de ese *respeto á la propia conciencia*, que da al hombre para ser justo, una fuerza inquebrantable para las pasiones políticas, el temor al poder, el halago de las dádivas, los odios y los amores.

Los pueblos, en los cuales exista esta masa de ciudadanos, adornados con tales cualidades de caracter y de virtud, deben implantar ó conservar esta bella institución, y á nuestro juicio, tambien, votar los impuestos en las plazas públicas!

Las calidades para ser jurado y la forma de la designación varían en las legislaciones.

En Bélgica es necesario ser belga de nacimiento, haber obtenido la gran naturalización, y pagar una contribución, que varía según las provincias, entre doscientos cincuenta y noventa francos, ó ser miembro de la cámara de representantes, consejero provincial ó comunal, doctor en alguna facultad, ingeniero, abogado, notario ó pensionista por retiro con mil francos á lo menos.

La diputación permanente del consejo provincial, forma todos los años las listas de los ciudadanos con las calidades expresadas; los tribunales de primera instancia reducen estas listas á la mitad, y las cortes de apelación hacen otra reducción igual.

Para cada serie de sesiones de la corte de *Assíses*, el presidente del tribunal de primera instancia, saca á la suerte treinta jurados titulares y cuatro suplementarios, y para cada juicio se sortean doce de aquellos.

El voto de los jurados que consiste en la palabra *si* ó *nó*, se da por boletines secretos, y el veredicto lo forma la mayoría: en caso de empate el veredicto se considera favorable al reo.

No se pretende aplicar el procedimiento por jurados en materia civil. Tal aplicación no sería posible ni conveniente.

En materia civil, no existe la posibilidad de separar la cuestión de hecho del punto jurídico, y los jurados solo pueden conocer de la primera. No sería justo obligar á los ciudadanos, á abandonar sus negocios, para venir á ocuparse de los agenos, que en nada interesan á la comunidad. En lo criminal, que afecta la libertad de los ciudadanos, es en donde hay que temer la influencia de la política y las sugestiones de la autoridad, pero en el orden civil ese temor no existe ó existe muy débilmente.

En el Perú existe el jurado solamente en materia de imprenta y ya nos hemos ocupado de él.

*
* *

Se debate también la cuestión de la preferencia entre los tribunales y los juzgados unipersonales. Es indudable que un tribunal "ofrece menos peligros de corrupción, menos causas de parcialidad y que los conocimientos que pueden faltar al uno de sus miembros se hallarán en los otros."

Esto no obstante, en la primera instancia, que es en donde se actúan las pruebas, se presentan los alegatos con mayor amplitud, y por consiguiente el procedimiento es más dilatado, es en donde ofrecen algunas ventajas los juzgados unipersonales.

CAPITULO XXXIII

DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

El estudio que hemos hecho del poder judicial nos proporciona datos suficientes para afirmar que este poder no tiene, según nuestro derecho político, el grado de independencia que la teoría exige.

Varios hechos determinan esta deficiencia.

1ª intervención del P. E. en el nombramt.

En primer lugar, el poder ejecutivo tiene excesiva intervención en el nombramiento de los jueces y vocales.

El juez ligado á aquel poder por el favor recibido con el nombramiento, espera del mismo el ascenso en su carrera y procura conservar su gracia. Este peligro solo puede evitarse dando exclusivamente á la cámara de senadores la atribución de elegir á los vocales de la corte suprema, y á este tribunal la de nombrar á los demás jueces y vocales, como lo hemos indicado ya.

Falta de designación en la Carta de los órganos judiciales privativos (136)

Otra causa de esta deficiente independencia del poder judicial es la no designación en la carta de los diversos órganos constitutivos de este poder. El artículo 136, que aunque de caracter transitorio es de hecho permanente, inviste al legislador de un poder ilimitado respecto de las jurisdicciones especiales. En uso de ese poder ha suprimido algunas, pero en uso del mismo puede restablecerlas, ampliar las atribuciones de las existentes, crear nuevas que con el nombre de juzgados privativos pueden ser las administrativas y extraordinarias. La potestad judicial, aún en lo que le es sustancial se encuentra así subordinada á la

ley: el poder legislativo es el generador del judicial, y este vicio destruye el principio de la separación de los poderes.

Ya hemos dicho que en la constitución del año 39, menos imperfecta que las posteriores en algunas materias, no existía este vicio, pues ella establecía explícitamente todo el organismo judicial.

Agrégase á las causas anteriores, la completa omisión en la carta de las atribuciones primordiales del poder judicial, y la deficiencia aún de las leyes respecto de las mismas, especialmente de las que se relacionan con el poder ejecutivo. Apenas existen en el reglamento de tribunales, las atribuciones de orden civil de la corte suprema, de conocer "de los pleitos que se susciten sobre contratas celebradas por el Supremo Gobierno ó por sus agentes," y "de los despojos hechos por el Supremo Poder Ejecutivo, para solo el efecto de la restitución." Esta deficiencia de la ley inviste implicítamente al poder administrativo, como ya lo tenemos observado, de una gran suma de jurisdicción, propia del judicial y que este no tiene medios de reivindicar.

***

Se relaciona íntimamente con la independencia del poder judicial, el grave problema relativo á la facultad de este poder, para fundar sus fallos en las disposiciones de la constitución separándose de las leyes que le son opuestas.

De esta potestad está investido el poder judicial en los Estados Unidos de Norte América, y Tocqueville que tan profundamente estudió la constitución americana dice así: "En los Estados Unidos la Constitución impera sobre los legisladores como sobre los simples ciudadanos. Ella es la primera de las leyes, y no puede ser modificada por una ley. Es pues justo que los tribunales obedezcan á la constitución con preferencia sobre todas las leyes. Esto se deriva de la

esencia misma del poder judicial: elegir entre las disposiciones legales aquellas que lo encadenan más estrechamente, es en gran manera el derecho del magistrado.

En América, donde la nación puede siempre cambiando su constitución, reducir á los magistrados á su obediencia no existe el peligro de que estos invadan el derecho de la nación. En este punto la teoría y la lógica están de acuerdo; el pueblo así como el juez conservan igualmente sus privilegios.

Los americanos han confiado pues â sus tribunales un inmenso poder político; pero obligándolos á no oponerse á las leyes sino por los medios judiciales, evitan en mucho los peligros de este poder.

Encerrado en estos límites, el poder acordado á los tribunales americanos de decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, es una de las más poderosâs barreras que se hayan jamás levantado contra la tiranía de las asambleas políticas."

"Al lado de la Constitución,dice Laboulaye hay Cámaras que hacen leyes que no siempre están de acuerdo con la constitución. No hay disposición de la constitución que no pueda ser violada por una ley. La constitución declara que la libertad indivídual será respetada, que nadie será distraído de sus jueces naturales, que los acusados serán juzgados por el jurado. Vendrá un momento de agitación y se hará una ley que enviará á los ciudadanos ante comisiones militares. Ellos se dirigirán á la justicia, con la constitución en la mano; los tribunales decidirán que no conocen más que la ley. De aquí ha nacido la poca estima que tenemos por la constitución. Sabemos que en la mañana de las revoluciones se nos da constituciones en que se nos promete todo; pero las leyes no nos dan nada y las leyes no son cambiadas. Desde que se llega á poner en ejecución la constitución, se encuentran esas leyes entre la constitución y la justicia."

"Es en este terreno en el que, en América se ha dado un gran paso. Se ha establecido un poder judi-

cial independiente, que colocado entre las leyes del congreso y la constitución, tiene el derecho de decir: "Esta ley es contraria á la constitución, ella es nula." No puede hacerlo de un modo general y decir: "No reconocemos tal ley." No habría país que resistiera semejante antagonismo entre los poderes supremos. No, no es esto lo que hace la constitución americana. Pero si el congreso decide por una ley que se tiene derecho de detenerme como medida de seguridad general y de hacerme juzgar por una comisión, yo me dirijo á la corte federal, le demando un mandato de *habeas corpus* y en virtud de este mandato, se me trae ante ella y demando mi libertad provisoria y el juicio por jurados. En este caso, la corte federal decidirá, si hay lugar á ello, que esta ley del congreso no puede dañarme por ser contraria á la constitución. Decidirá, como deciden nuestros tribunales, cuando no se trata de leyes, sino de ordenanzas. La gran reforma hecha en América, es pues colocar entre la constitución y la legislación un poder que dice al legislador: "La constitución hecha por el pueblo es tu ley como la mía; es esta la *ley legum*; no debemos violarla el uno ni el otro."

El Sr. Lastarria dice: "Sin embargo de que hasta hoy no se ha constituído el poder judicial como poder político sino en los estados de régimen federal, no hay inconveniente alguno para hacer lo mismo en los consolidados ó unitarios, donde tal vez es más conveniente y necesario que el *supremo tribunal* tenga la jurisdicción política para mantener la constitución, poniendo una valla á las usurpaciones de los otros poderes y vigorizando los derechos de los ciudadanos."

El mismo Lastarria, cita la exposición que Florentino Gonzalez hace de la teoíra americana en estos términos. "Es muy importante tener bien presente que la facultad que la corte suprema tiene de declarar las leyes inconstitucionales é inaplicables por esta razón, no es una función que este tribunal puede ejercer en ningún caso oficiosamente, ni dando á sus decisiones

una fuerza general para todos los casos semejantes que pueden ocurrir. Es menester que haya controversia entre partes sobre algún caso justiciable; que el juez ante quien el caso se ventila, haya dado su resolución y que una de las partes haya objetado el fallo como inconstitucional y haya apelado ante el tribunal supremo para que enmiende el error. Este decide entonces, si en el caso sometido á su juicio, y nada más que en ese caso, se ha aplicado una ley que no puede tener fuerza porque peca contra los preceptos de la constitución, violando los derechos por ella garantidos."

Las condiciones que Tocqueville encuentra en los Estados Unidos y que consisten en el imperio de la constitución sobre los legisladores como sobre los ciudadanos, y en la posibilidad de la nación para operar siempre reformas en la carta, son principios fundamentales de la organización política, que deben tener completa apelación en todos los países, y en todos en consecuencia, puede investirse al poder judicial con la potestad de que tratamos.

Esta potestad en la forma en que es ejercida en los Estados Unidos, no difiere sustancialmente del veto que en todos los países se reconoce al poder ejecutivo y es así el medio de defensa del poder judicial contra los posibles excesos de las asambleas. Encomendado su ejercicio al más alto de los tribunales, limitado á cada caso especial y á mérito de un litigio que va al conocimiento de ese tribunal por el camino que abre la ley procesal, no ofrece sin duda los peligros que señalan los enemigos del sistema.

Rarísimos, sin embargo, son los países que conceden al poder judicial esta facultad conservadora ú otra cualquiera. El poder judicial, es según el derecho positivo casi universal, el único privado de participación en ese poder conservador, que no puede residir en un órgano separado de los tres poderes políticos, y que es necesario por lo mismo distribuír entre ellos para impedir la ilimitación de su autoridad.

Nuestro derecho político sigue el mismo régimen.

Ninguna disposición existe en la carta ni en las leyes de la cual pudiera deducirse aquella ú otra atribución moderadora. Lejos de eso, el artículo VIII del título preliminar del código civil dispone que "Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas," y en el artículo IX no consigna siquiera la constitución como una de las fuentes á que deben acudir, en los casos de falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes.

CAPITULO XXXIV

DE LAS MUNICIPALIDADES

Art. 118. Habrá Municipalidades en los lugares que designe la ley; la cual determinará sus funciones, responsabilidad, calidades de sus miembros y el modo de elegirlos.

El municipio es la agrupación de familias que habitan en la misma localidad, pueblo ó villa, unidas por las relaciones íntimas de la vecindad y por la solidaridad de los intereses inherentes á la común habitación. "Después de la familia, dice Babbie, lo que más amamos es el municipio. Allí nos encontramos habitantes que nos conocemos todos individualmente; camaradas de infancia que han crecido con nosotros; ancianos que nos prodigaban sus bondades en nuestra juventud; allí están los documentos en que consta nuestro nacimiento, nuestro matrimonio y la muerte de nuestros ascendientes; allí todo nos recuerda sucesos que hablan á nuestro corazón y que interesan nuestra vida. Los habitantes del común tienen ideas que nos pertenecen, y aún cuando estas ideas sean preocupaciones locales, cada uno de nosotros participa de ellas, ó al menos las trata con indulgencia. Estamos pues ligados á nuestro pueblo por el triple lazo del interés, del corazón y del espíritu, y es por eso que después de la familia nada nos es más querido que el lugar donde nos hemos establecido. Los que lo abandonan piensan constantemente en él, y cuando llega el momento del regreso, vienen á pasar los últimos instantes de una vida que va á concluir. Menos que la familia, el común es la continuación del individuo; pero

lo es en alto grado, y en la intimidad de los lazos que la vida comunal establece entre los individuos, es donde encontramos la fuente de nuestras afecciones. Se ha tenido pues razón en decir, que el común es una asociación natural, y que la ley no podría suprimirlo, sin violentar la naturaleza de las cosas."

Esta asociación natural tiene necesidades é intereses propios, que no son las necesidades y los intereses generales de la sociedad. Su salubridad, la comodidad y ornato de su pueblo, sus caminos y paseos, su escuela, sus mercados etc. etc., demandan su atención y cuidado. Los vecinos son los que mejor los conocen, son ellos los que más vivamente desean administrarlos, y ellos los que con más acierto pueden hacerlo. Ninguna razón existe para despojarlos de esa administración propia que la naturaleza les concede. La acción del poder general sería tardia y deficiente. El poder central es uno en su orígen, en sus propósitos, en sus resoluciones, esa unidad constituye su excelencia; pero la unidad de la acción central nace y se apoya en la unidad de los intereses comunes, de los grandes intereses nacionales.

La vida local está constituída por necesidades propias y especiales, que están fuera del alcance del poder general de la nación. Es indispensable no confundir lo que la naturaleza separa: la confusión es el desórden y el absolutismo: la separación es el concierto y la libertad.

La organización de la administración municipal y su independencia relativa, no son las mismas en todos los países y sin duda deben tenerse en cuenta para formularlas, las especiales condiciones de cada uno, como su cultura, la densidad de su población, y sobre todos la aptitud para el gobierno propio y el grado de expontaneidad y de fuerza de la acción individual en la vida social.

Esto no significa que, en ningún caso, deba destruirse el principio de la libertad relativa del municipio, ni conceder esta libertad en grado tan escaso, que

desaparezca casi la comunal absorvida por la administración política. Por eso dice Tocqueville "mientras que la libertad comunal no haya entrado en las costumbres, es fácil destruírla, y ella no puede entrar en las costumbres, sino después de haber subsistido largo tiempo en las leyes."

La parroquia libre de los Estados Unidos de América, ofrece un modelo especial en esta materia, que se diferencia sustancialmente de la forma gerárquica adoptada en los otros países, que nosotros hemos seguido.

*
* *

Ninguna otra disposición aparte de la del artículo 118 contiene la carta respecto de la institución municipal. El reconocimiento de los municipios como entidades distintas del estado, con su gobierno propio, es de orden constitucional, y la carta en consecuencia,no debe dejar de señalar las divisiones territoriales, á quienes corresponde la autonomía local. Debe así mismo la constitución, establecer las bases fundamentales de la organización municipal y de su independencia en orden á los asuntos de carácter local. Casi todas las constituciones contienen esos principios generales, que reconocen y norman la vida municipal.

*
* *

Según la ley de 14 de octubre de 1892, la administración municipal de la república se ejerce por los concejos provinciales y de distrito. Los primeros existen en todas las capitales de provincia y los segundos en las de distrito.

Existen además, las juntas departamentales creadas por la ley de 13 de noviembre de 1886, las cuales, constituyen, sin duda, el tercer grado gerárquico de la administración local.

Las juntas departamentales inspeccionan las fun-

ciones de los concejos provinciales y estos las de los de distrito. Las resoluciones de los concejos estan sujetas á la revisión gerárquica. Las decisiones del concejo provincial de Lima pasan en revisión directamente al gobierno.

Esta potestad revisora, dice la ley, no impide que el poder judicial conozca, con arreglo á sus atribuciones constitucionales de las reclamaciones referentes á asuntos contenciosos.

Las competencias que se susciten entre los concejos, se dirimen por los superiores, y por el supremo gobierno en su caso.

Los reglamentos de los concejos provinciales son obligatorios para los de distrito, en la parte que les concierne.

Para ser concejal se requiere ser mayor de edad, saber leer y escribir, y ser vecino de la provincia ó distrito á que el concejo corresponde con residencia en la respectiva capital.

La elección se hace por voto directo de todos los vecinos peruanos y extranjeros de veintiun años ó casados, que á más de saber leer y escribir egerzan alguna profesión ó industria, ó tengan una propiedad raiz; y por los alumnos de las universidades, mayores de veintiun años. Es necesario además, estar inscrito en el registro de electores de municipalidades.

La ley establece las formalidades con que se llevan los registros en los respectivos concejos, la manera de verificar anualmente su revisión, la de la expedición de los títulos electorales y todo el procedimiento electoral.

La calificación electoral y personal se hace por los mismo concejos.

La ley determina las exclusiones y declara irrenunciable el cargo, salvo causas especiales.

Los concejos provinciales de las capitales de provincia se componen de doce miembros: los de capital de departamento de diez y seis, y el de Lima de cuarenta. Se elije también suplentes en número de cuatro,

cinco y doce respectivamente. Forman parte, además, de los concejos provinciales los diputados elegidos por los de distrito.

Los concejos eligen de su seno un alcalde, un teniente alcalde, dos síndicos, y los inspectores que determina la ley y los demás que exigen los servicios del municipio. Se eligen asi mismo comisiones para los diversos ramos.

Los concejos provinciales se renuevan por mitad cada dos años.

Las votaciones son públicas, salvo las relativas á asuntos personales ó á nombramientos.

Corresponde á los concejos provinciales: formar sus reglamentos interiores; el presupuesto anual de sus gastos; crear y dotar, con aprobación de las juntas departamentales, los empleos necesarios para el desempeño de sus funciones; cuidar de que el alcalde, el tesorero, los inspectores y los empleados cumplan sus obligaciones.

Expiden reglamentos de policía municipal; votan anualmente los arbitrios municipales, sin que los nuevamente impuestos ó los aumentos de los existentes, puedan hacerse efectivos antes de ser aprobados por el gobierno, prévio informe de la junta departamental; aceptan las donaciones y legados y autorizan la iniciación de las acciones judiciales en defensa de sus derechos; formulan y aprueban las bases de los remates y de los contratos para la construcción de obras ó prestación de servicios, autorizan los empréstitos con hipoteca de sus bienes ó rentas, prévia aprobación del gobierno.

La atribución genérica de los concejos providenciales, en orden á los servicios locales es:

Reglamentar, administrar é inspeccionar los servicios de las poblaciones de su jurisdicción relativos: al aseo y salubridad, aguas, vías públicas, ornato, alumbrado, baja policía, mercados, mataderos, abrevaderos dehesas y pastos, carruajes, tramvias, espectáculos y diversiones, fluido vacuno, fomento de las sociedades

ó empresas, que tengan por objeto el progreso de las ciencias y el de las artes industriales y liberales en la provincia. Deben sostener en la capital de la provincia á más de las dos escuelas obligatorias que corresponden á todos los distritos, cuantas fuesen necesarias para propagar la instrucción primaria, y si sus rentas lo permiten dos de instrucción primaria de tercer grado para uno y otro sexo, ó cuando menos una para varones; y obligar á los concejos de distrito á que sostengan las dos escuelas que les corresponde.

Finalmente, corresponde á los concejos nombrar los jurados de imprenta.

Les es prohibido imponer en su respectivo territorio, derecho de tránsito ó de extracción á los productos que se consumen en otros.

Los alcaldes son los ejecutores de las resoluciones de los consejos, presiden sus sesiones, y ejercen las demás atribuciones que la ley les señala.

Los síndicos son dos; uno de rentas y otro de gastos.

Los inspectores de los distintos ramos, son los jueces de las infracciones de los reglamentos, ordenanzas ó disposiciones de los concejos. Compete á ellos, y por su omisión á los alcaldes, la imposición de las multas correspondientes á dichas infracciones. Los interesados pueden apelar á los concejos por la injusticia ó agravio que se les infiera.

*
* *

Los concejos de distrito se componen de un alcalde y dos regidores elegidos por los sufragantes del distrito, y de dos síndicos nombrados por el concejo provincial.

La calificación de las elecciones distritales, y la proclamación de los elegidos se hace por el concejo provincial.

Las atribuciones de los concejos de distrito, son, en

sus respectivos territorios, las mismas que las de los provinciales.

La ley determina sus rentas y gastos.

Los concejos provinciales, revisan los presupuestos de los distritos y fallan definitivamente sobre sus cuentas.

En las capitales de distrito, en donde por lo reducido del número de sus habitantes y falta de instrucción, no haya posibilidad de formar concejo, hay uno ó más agentes municipales nombrados por el concejo provincial, para que cumplan las órdenes que de él reciban, en todos los servicios municipales del distrito.

Asi mismo, en las poblaciones que no sean capitales de provincia ó distrito, y que tengan más de trescientos habitantes, habrá un agente municipal nombrado por el respectivo concejo de provincia ó de distrito.

Declara la ley, que los miembros de todos los concejos son responsables, en el modo y forma prescrita por las leyes, de los abusos y faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones, y dá á todo ciudadano el derecho de acusarlos ante el juez de 1ª instancia sin el requisito de afianzar las resultas.

*
* *

Las juntas departamentales existentes hoy, fueron creadas por la ley de descentralización fiscal de 13 de noviembre de 1886.

Fué expedida esta ley con el objeto de "regularizar la administración de las rentas fiscales, asegurando el pago puntual de los servicios públicos en cada uno de los departamentos, de facilitar la recaudación de las contribuciones, y aplicar sus productos á las necesidades de los pueblos en que se cobran."

Con este propósito, la ley señaló las contribuciones y rentas públicas aplicables á los gastos departamentales, y las que quedaban para los generales; y declaró gastos departamentales los siguientes:—como obli-

gatorios: los servicios administrativos; el sostenimiento de la guardia civil; el fomento de la instrucción primaria; los que demanden la conservación, reparación de los caminos y puentes departamentales y la recaudación de las rentas: y como facultativos: el fomento de la instrucción media, el de la beneficencia, la construcción de puentes, caminos y demás obras departamentales.

Organizó dicha ley las juntas departamentales. Se componian éstas del prefecto que las presidía y de delegados de los concejos provinciales, que no pueden ser menos de cuatro, para lo cual la ley dispone lo conveniente.

Para ser delegado es necesario ser ciudadano en ejercicio, mayor de 25 años, natural del departamento ó tener en él tres años de residencia, vecino de la capital de este y tener una renta que no baje de trescientos soles ó ser profesor de alguna ciencia. La ley señala las exclusiones.

Los actos de las juntas son revisados por el supremo gobierno, á quien corresponde también dirimir las competencias.

Las funciones de las juntas son: formar el presupuesto de ingresos y egresos departamentales y remitirlo al ministerio de hacienda para la aprobación del congreso: proponer á éste, por conducto del gobierno las reformas ó reducciones que convenga introducir en los servicios departamentales, así como los arbitrios especiales que puedan crearse para aumentar las rentas; y resolver las quejas de los contribuyentes.

En el reglamento expedido por el gobierno en 11 de diciembre de 1886, se dió á las juntas, saliendo de los límites de la ley y sin resultado práctico alguno, la atribución de promover el desarrollo del comercio, industria y minería del departamento, informando sobre el particular al gobierno y por conducto de este al congreso, según los casos.

Bajo el sistema de la ley de su creación, las juntas departamentales eran instituciones políticas de carác-

ter fiscal. Así resulta del objeto explícito de la ley; de la naturaleza de los servicios que se le encomendaban, y de las rentas que se le aplicaban, unas y otras de carácter general y de la carencia absoluta de atribuciones, que las relacionaran con los concejos provinciales.

De graves vicios adolecían tales juntas como instituciones políticas. Así, era inconciliable con su índole la elección de sus miembros por los concejos provinciales, á quienes no corresponde intervenir en la administración de servicios de carácter general ni en la de las rentas públicas, y menoscababan las atribuciones constitucionales del poder ejecutivo á quien la carta da esa administración.

No es posible descentralizar la administración de la hacienda pública, que es parte de la administración general sin descentralizar el gobierno mismo ó *federar* el estado.

Las juntas departamentales no son hoy instituciones de orden político sino local. Leyes posteriores á la de su creación han operado este cambio radical.

Así, la de municipalidades, hizo de ellas el tercer grado de la institución municipal, dándoles la inspección de los procedimientos de los concejos provinciales, la revisión de sus resoluciones, la dirimencia de sus competencias y la facultad de aprobar los remates de sus bienes y la creación y dotación de sus empleos, etc. etc.

La de 24 de octubre de 1893, separó á los prefectos de las juntas departamentales, para que éstas "gozaran de la debida independencia."

La autoritativa de 3 de enero de 1896, segregó de sus atribuciones los intereses de carácter general, dejándole únicamente las obras públicas, beneficencia é instrucción.

Como instituciones de carácter local, las juntas tienen una organización defectuosa. Necesario es convenir en que las relaciones que ligan á los habitantes de las grandes divisiones territoriales, no constituyen

esos lazos íntimos, que hacen de los individuos y familias de una pequeña localidad una entidad especial con intereses propios. Las relaciones y los intereses de las grandes fracciones territoriales, son los generales del etado con muy escasa diferencia. Se comprendes asi la descentralización política, pero no la local ó municipal.

La utilidad que ofrece la institución de administración departamental, y que sin duda no es pequeña, es la de preparar para el régimen federal, pero ella no es reclamada por la naturaleza de las cosas, como lo son los municipios, en toda especie de organización política.

CAPITULO XXXV

DE LA CONSTITUCIÓN

Art. 131. La reforma de uno ó más artículos constitucionales se sancionará en Congreso ordinario, previos los mismos trámites á que debe sujetarse cualquier proyecto de ley; pero no tendrá efecto dicha reforma, si no fuere ratificada, de igual modo, por la siguiente Legislatura ordinaria.

El orígen de las constituciones escritas, se encuentra, como lo observa Rossi, en el triunfo de las libertades individuales, que habían desaparecido de la superficie de Europa, sobre el régimen del poder absoluto ó de las aristocracias absorventes. Cuando llegó el momento de la reacción contra el orden de cosas existente, se empleó el medio necesario de una ley escrita para destruir los privilegios constituidos en leyes y costumbres. "La constitución es, pues, la ley de los países libres, de los países que han escapado al régimen del privilegio y que han llegado á la organización de un pueblo poseedor de sus libertades."

*
* *

La necesidad de las constituciones escritas es unanimemente reconocida por los escritores de derecho. "La forma precisa y definida, dice Grimke, que la escritura dá á nuestras ideas, la hace un auxiliar indispensable para reducir esas ideas á la práctica y para esparcir su influencia sobre un país extenso. Si puede hallarse ejemplos en que comunidades políticas han sido gobernadas con gran sabiduría sin constituciones

escritas, es por que se han acercado á tener algo semejante á un instrumento, que aunque imperfecto, ha adquirido la sanción de generaciones sucesivas de hombres, ó porque tales comunidades han vivido en estrecha asociación, ó han estado ligadas por una íntima alianza con otras que tenían constituciones escritas, y estaban, además, obligadas por la liga de que eran miembros á ser fieles y prestar obediencia á una constitución federal. El primer caso es el de Inglaterra, el segundo el de Coneticut y Rhode– Island.

*
* *

El objeto de la constitución es, según las ideas anteriores, el reconocimiento y garantía de las libertades humanas, tanto las de orden individual, como las relativas á la organización política.

La constitución debe, en consecuencia, contener la declaración de los derechos primordiales del individuo. La seguridad de estos derechos es el fin del estado, y no es conforme á un recto juicio, señalar los medios que conducen á ese fin y omitir la determinación de éste. Esa declaración es de necesidad más imperiosa respecto de la generalidad de los asociados, que agenos á los principios políticos miraran con indiferencia la ley fundamental, si en ésta no están consignados los importantes derechos de la igualdad, la libertad en sus variadas manifestaciones, la propiedad y los demás que nacen de la naturaleza de hombre y que son tan caros para éste. El respeto á la constitución es la más sólida garantía del bien estar social é individual, y por lo tanto de una importancia indudable, la consignación en ella de principios que inspiren á todos los espíritus el deseo y la persuación de la necesidad, de que la carta sea religiosamente obedecida.

La omisión de la declaración de los derechos individuales, en la constitución federal de los Estados Unidos, indujo á muchos de los estados que constituían la Unión, á pedir al tiempo de ratificar el pacto, que

se salvase la omisión, y por eso se procedió á consignar en él los doce artículos adicionales que contienen aquellos derechos.

La organización política es el segundo objeto de la constitución. Toda autoridad emana de ella y debe en consecuencia establecer los órganos constitutivos de cada uno de los poderes; sus atribuciones fundamentales, y entre ellas las que establecen relaciones recíprocas entre los poderes y limitan su acción; y la forma de la elección ó nombramiento de los funcionarios. La constitucionalidad en el orden político, hemos dicho es el orden y la regularidad en el organismo del estado, y por eso la carta debe establecer las reglas de esa organización.

***

El carácter principal de la carta es ser la regla fundamental de la organización del estado, y por lo mismo debe limitarse, á establecer los principios primordiales de esa organización. El desenvolvimiento de estos principios para su aplicación práctica es el objeto de las leyes orgánicas ó secundarias. Si la carta entrara en detalles, estaría sujeta á frecuentes cambios y expuesta á violaciones con daño de su prestigio, y no sería un código breve, como debe serlo, á fin de que "los preceptos constitucionales existan no solamente en la ley escrita, sino en la memoria del pueblo, quien se hace entonces un celoso guardian de su inviolabilidad."

***

Los cambios lentos ó imprevistos que se operan en la vida de los estados, debidos al natural adelanto de las ideas ó á los acontecimientos históricos, traen como consecuencia la necesidad de la reforma de la carta. La persuasión de esa necesidadad y el deseo de satis-

facerla se propagan en el espíritu público y la reforma es generalmente exigida.

La nación tiene entonces perfecto derecho para operar la reforma, y poseedora en todo momento de su soberanía es á ella á quien toca fijar las reglas que se armonizen con los elemenos sustanciales de su existencia real.

*
* *

Materia de largo debate entre los tratadistas, es la determinación de la autoridad ú órgano á quien corresponde operar la reforma de la constitución y de las solemnidades con que debe verificarse.

La constitución debe ser, como ya lo hemos manifestado, la fuente de la autoridad de que están investidos los poderes oficiales, y la regla inviolable que deslinde sus respectivas atribuciones. Ella además consigna los derechos individuales, cuyo goce se encuentra fuera del alcance de la autoridad de esos poderes. Dedúcese de aquí, que la reforma de las disposiciones constitucionales no puede ser de la competencia de esos mismos poderes, que son subordinados suyos. "Fácilmente se comprende, dice Thonissen, que toda modificación de la ley fundamental, sobrepasa infinitamente la importancia de un acto ordinario del poder legislativo. Este cambio debe estar rodeado de formas solemnes que garantizen por una parte, que la innovación ha sido objeto de un profundo examen y por otra, que ella es exigida por el voto de la nación."

En conformidad con estas ideas, el mayor número de los estados europeos encargan de la reforma constitucional á asambleas convocadas con ese objeto, después que el poder legislativo ordinario ha aprobado la necesidad de ella y generalmente es necesario un quorum especial para tales deliberaciones.

El mismo sistema se sigue en algunos países americanos, como en la Argentina, pero en los demás, se da al poder legislativo la facultad de operar la refor-

ma, pero exigiendo su sanción en dos legislaturas ordinarias y los dos tercios de votos de cada cámara en favor de ella.

El primero de estos sistemas es más conforme con la naturaleza é importancia del acto de la reforma, que debe ser expresión inmediata de la voluntad actual de la nación. El segundo sistema es más adecuado á los pueblos que no han alcanzado alto grado de cultura política, y en donde la práctica de las instituciones democráticas es laboriosa y causa de agitaciones y peligros.

***

En ninguna constitución, como en la nuestra, la reforma constitucional se encuentra tan desprovista de formas.

Según el artículo 52 de ella, el congreso se reunía bienalmente, y después de cada legislatura las cámaras se renovabán por terceras partes. Bajo este sistema la reforma de la constitución se operaba en no menos de dos años y sobre todo en la segunda legislatura que la ratificaba había un personal diverso en un tercio en cada cámara. Con éstas condiciones se consultaban el acierto del cambio y la voluntad perseverante del país para verificarlo.

Pero el artículo 52 fué modificado: el congreso se reune hoy cada año, pero la renovación por tercios se opera cada dos años como antes. Resulta de este nuevo regimen que en solo un año de tiempo puede hacerse la reforma y lo que es más grave, que ella se proyecta y se sanciona por cámaras compuestas con el mismo personal. No hay así diferencia entre la manera de modificar las leyes y las reformas constitucionales lo cual es un grave vicio de la carta.

INDICE

Pág.

ADVERTENCIA 3

INTRODUCCION HISTORICA

La independencia.—El territorio.—Las constituciones.. 6

PRIMERA PARTE

Disposiciones Generales

CAPITULO I De la nación y su independencia 39
CAPITULO II De la integridad territorial 44

SEGUNDA PARTE

De los peruanos y sus derechos individuales

CAPITULO I De los peruanos 49
CAPITULO II De la igualdad civil 53
CAPITULO III Del honor y la vida 58
CAPITULO IV De la seguridad personal 62
CAPITULO V Otras libertades personales 70
CAPITULO VI De la religión 75
CAPITULO VII De la enseñanza 88
CAPITULO VIII De la libertad de imprenta 99
CAPITULO IX De la propiedad 107
CAPITULO X De la libertad del trabajo 118
CAPITULO XI Asociación y reunión 125
CAPITULO XII Derecho de petición 130
CAPITULO XIII Fórmula general de la libertad 133
CAPITULO XIV Derechos públicos de los extranjeros.... 136
CAPITULO XV De la suspensión de las garantías individuales 144

TERCERA PARTE

De los ciudadanos y del poder público

	Pág.
CAPITULO I De los ciudadanos	153
CAPITULO II De la soberanía	159
CAPITULO III Del sufragio	165
CAPITULO IV De los registros electorales	173
CAPITULO V Del procedimiento electoral	179
CAPITULO VI Otros derechos políticos	187
CAPITULO VII De los poderes públicos: su separación y constitucionalidad	190
CAPITULO VIII De los actos nulos	199
CAPITULO IX De la responsabilidad de los funcionarios públicos	203
CAPITULO X De la forma de gobierno	207
CAPITULO XI De la dualidad de cámaras	211
CAPITULO XII De la elección de los representantes	216
CAPITULO XIII Elegibilidad: incompatibilidades	222
CAPITULO XIV Terminación del cargo: reelección: renuncia: emolumentos	228
CAPITULO XV Inviolabilidad: inmunidad y responsabilidad de los representantes	231
CAPITULO XVI Reunión y renovación de las cámaras: quorum: publicidad	240
CAPITULO XVII Atribuciones del congreso y las cámaras	245
CAPITULO XIII Poder conservador del congreso y de las cámaras	251
CAPITULO XIX De la formación de las leyes	256
CAPITULO XX De la reunión de cámaras	263
CAPITULO XXI Unidad del poder ejecutivo: elección del presidente	268
CAPITULO XXII Duración: reelección: incompatibilidades: vacancia: renta: vice-presidente	273
CAPITULO XXIII De las atribuciones del presidente	278
CAPITULO XXIV De la responsabilidad del presidente	284
CAPITULO XXV De los ministros	294
CAPITULO XXVI De la responsabilidad ministerial	300
CAPITULO XXVII División territorial y gobierno interior	310
CAPITULO XXVIII De la fuerza pública	315
CAPITULO XXIX De la juridicción ordinaria	326
CAPITULO XXX De las juridicciones especiales	332
CAPITULO XXXI Formas y garantías judiciales	344
CAPITULO XXXII Del jurado	352
CAPITULO XXXIII De la independencia del poder judicial	356
CAPITULO XXXIV De las municipalidades	362
CAPITULO XXXV De la constitución	372

Biblioteca Nacional del Perú
DEPARTAMENTO DE CLASIFICACION
Y CATALOGACION
15 ABR 1967
3425
P196
1899

biblioteca
nacional
del Perú
1000002770
LIBROS
INVENTARIO 2011

biblioteca
nacional
del Perú
0000075032
BNPCBN

P(69137)
Ej. 2